



UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

TESIS DOCTORAL

MODELOS DE CAPACIDAD JURÍDICA: UNA REFLEXIÓN NECESARIA A LA LUZ DEL ART.12. DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

Autor:

ÁLVARO FERNANDO BENAVIDES LÓPEZ

Director/es:

RAFAEL DE ASÍS ROIG.

DOCTORADO EN ESTUDIOS AVANZADOS EN DERECHOS HUMANOS

**INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS "BARTOLOMÉ DE LAS CASAS"
DEPARTAMENTO/INSTITUTO**

Getafe, Diciembre de 2013.

TESIS DOCTORAL

**TÍTULO DE LA TESIS
MODELOS DE CAPACIDAD: UNA REFLEXIÓN NECESARIA A LA
LUZ DEL ART.12. DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE
LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.**

AUTOR: ÁLVARO FERNANDO BENAVIDES LÓPEZ

Director/es: RAFAEL DE ASÍS ROIG

Firma del Tribunal Calificador:

Firma

Presidente: (Nombre y apellidos)

Vocal: (Nombre y apellidos)

Secretario: (Nombre y apellidos)

Calificación:

Getafe, de de

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	7
PRIMERA PARTE.....	14
CAPITULO I: MODELOS TEORICOS DE CAPACIDAD JURÍDICA.....	15
1. MODELO DE STATUS.....	15
1.1. Justificación socio-cultural.....	15
1.2. Justificación ética.....	21
1.3. Justificación jurídica.....	27
2. MODELO PATERNALISTA.....	31
2.1. Justificación socio-cultural.....	31
2.2. Justificación ética.....	36
2.3. Justificación jurídica.....	45
3. MODELO PROMOTOR.....	51
3.1. Justificación socio-cultural.....	52
3.2. Justificación ética.....	57
3.2.1. <i>Principio de autonomía</i>	59
3.2.1.1. <i>Potenciar la autonomía</i>	61
3.2.1.2. <i>Primacía del resultado de la elección sobre el resultado de la misma</i>	67
3.2.1.3. <i>Vida independiente</i>	69
3.2.2. <i>Igualdad y no discriminación</i>	73
3.3. Justificación jurídica.....	79
4. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS MODELOS.....	96
CAPITULO II: TRATAMIENTO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA EN LA CDPD.....	108
1. La Discusión sobre la capacidad jurídica, en su elaboración en la Convención.....	108
1.1. Debates previos a la redacción del artículo 12.....	108
1.2. Transitando hacia el nuevo paradigma: conflicto y alcance de la interpretación del art.12.De la Convención.	122

2.	Capacidad Jurídica Universal.....	135
2.1.	Concepción de la capacidad que subyace en la Convención.....	136
2.2.	Modelo de asistencia y apoyo.....	142
2.2.1.	Acerca de la aplicación de los mecanismos de apoyo y asistencia.....	153
2.3.	Dependencia y autonomía dos caras de la misma moneda.....	160
3.	La plasmación del modelo promotor en el artículo 12 de la CDPD.....	167
3.1.	Presencia del principio de autonomía en el art.12.....	167
3.2.	Presencia del principio de igualdad y no discriminación en el art.12 y en otros artículos de la CDPD.....	179
3.3.	Principio de vida independiente.....	183
4.	Consideraciones finales.....	184

SEGUNDA PARTE: EL TRATAMIENTO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA EN: ESPAÑA, ARGENTINA, Y CHILE.....	191
Introducción.....	192

CAPITULO III: ESTUDIO SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS INTERNOS: ESPAÑA.....196

1.	Proceso de incorporación de la CDPD, al Ordenamiento jurídico interno.....	196
2.	Panorama general de Ordenamiento jurídico interno respecto de las personas con discapacidad y sus posibles fricciones con la CDPD.....	202
3.	Impacto del art.12 y la presencia de los modelos de capacidad en el Ordenamiento jurídico interno.....	207
3.1.-	La Constitución.....	209
3.1.1.	<i>Sobre el impacto</i>	209
3.1.2.	<i>Sobre los modelos de capacidad</i>	210
3.2.-	Ámbito civil.....	210
3.2.1.	Régimen general de personalidad y capacidad jurídica.....	210
3.2.1.1.	<i>Sobre el impacto</i>	210
3.2.1.2.	<i>Sobre los modelos de capacidad</i>	217
3.2.2.	Instituciones de protección y representación.....	219
3.2.2.1.	<i>Sobre el impacto</i>	219
3.2.2.2.	<i>Sobre los modelos de capacidad</i>	221
3.2.3.	La voluntad anticipada.....	222
3.2.3.1.	<i>Sobre el impacto</i>	222
3.2.3.2.	<i>Sobre los modelos de capacidad</i>	224

3.2.4. Capacidad jurídica para realizar actos jurídicos Patrimoniales.....	225
3.2.4.1. <i>Sobre el impacto</i>	225
3.2.4.2. <i>Sobre los modelos de capacidad</i>	226
3.2.5. Capacidad para realizar actos jurídicos personalísimos.....	227
3.2.5.1. <i>Sobre el impacto</i>	227
3.2.5.2. <i>Sobre los modelos de capacidad</i>	229
3.2.6. Régimen de responsabilidad civil.....	230
3.2.6.1. <i>Sobre el impacto</i>	230
3.2.6.2. <i>Sobre los modelos de capacidad</i>	232
3.3.- Ámbito penal: régimen de responsabilidad penal.....	232
3.3.1. <i>Sobre el impacto</i>	232
3.3.2. <i>Sobre los modelos de capacidad</i>	235
3.4.- Ámbito de la salud: Derechos del paciente.....	236
3.4.1. <i>Sobre el impacto</i>	236
3.4.2. <i>Sobre los modelos de capacidad</i>	239
3.5.- Evaluación de la capacidad ante los operadores jurídicos.....	240
3.5.1. <i>Sobre el impacto</i>	240
3.5.2. <i>Sobre los modelos de capacidad</i>	242
3.6.- Ámbito laboral: capacidad jurídica en las relaciones.....	243
3.6.1. <i>Sobre el impacto</i>	243
3.6.2. <i>Sobre los modelos de capacidad</i>	244
3.7.- Leyes Especiales.....	245
3.7.1. <i>Sobre el impacto</i>	245
3.7.2. <i>Sobre los modelos de capacidad</i>	247

CAPITULO IV: ESTUDIO SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS INTERNOS: ARGENTINA.....251

1. Proceso de incorporación de la CDPD, al ordenamiento jurídico interno.....	251
2. Panorama general del ordenamiento jurídico interno respecto de los derechos de las personas con discapacidad y sus posibles fricciones con la CDPD.....	259
3. El impacto del artículo 12, y la presencia de los modelos de capacidad en el ordenamiento jurídico interno.....	267
3.1.- La Constitución.....	267
3.1.1. <i>Sobre el impacto</i>	267
3.1.2. <i>Sobre los modelos de capacidad</i>	268
3.2.- Ámbito civil.....	269
3.2.1. Régimen general de personalidad y capacidad jurídica.....	269
3.2.1.1. <i>Sobre el impacto</i>	269
3.2.1.2. <i>Sobre los modelos de capacidad</i>	275

3.2.2. Instituciones de protección y representación.....	276
3.2.2.1. <i>Sobre el impacto</i>	276
3.2.2.2. <i>Sobre los modelos de capacidad</i>	278
3.2.3. La voluntad anticipada.....	279
3.2.3.1. <i>Sobre el impacto</i>	279
3.2.3.2. <i>Sobre los modelos de capacidad</i>	282
3.2.4. Capacidad jurídica para realizar actos jurídicos Patrimoniales.....	283
3.2.4.1. <i>Sobre el impacto</i>	283
3.2.4.2. <i>Sobre los modelos de capacidad</i>	284
3.2.5. Capacidad para realizar actos jurídicos personalísimos.....	285
3.2.5.1. <i>Sobre el impacto</i>	285
3.2.5.2. <i>Sobre los modelos de capacidad</i>	289
3.2.7. Régimen de responsabilidad civil.....	289
3.2.6.1. <i>Sobre el impacto</i>	289
3.2.6.2. <i>Sobre los modelos de capacidad</i>	291
3.3.- Ámbito penal: régimen de responsabilidad penal.....	291
3.3.1. <i>Sobre el impacto</i>	291
3.3.2. <i>Sobre los modelos de capacidad</i>	296
3.4.- Ámbito de la salud: Derechos del paciente.....	297
3.4.1. <i>Sobre el impacto</i>	297
3.4.2. <i>Sobre los modelos de capacidad</i>	299
3.5.- Evaluación de la capacidad ante los operadores jurídicos.....	300
3.5.1. <i>Sobre el impacto</i>	300
3.5.2. <i>Sobre los modelos de capacidad</i>	303
3.6.- Ámbito laboral: capacidad jurídica en las relaciones.....	304
3.6.1. <i>Sobre el impacto</i>	304
3.6.2. <i>Sobre los modelos de capacidad</i>	306
3.7.- Leyes Especiales.....	307
3.7.1. <i>Sobre el impacto</i>	307
3.7.2. <i>Sobre los modelos de capacidad</i>	308

CAPITULO V: ESTUDIO SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS INTERNOS: CHILE.....309

1. Proceso de incorporación de la CDPD, al ordenamiento jurídico interno.....309
2. Panorama general del ordenamiento jurídico interno respecto de los derechos de las personas con discapacidad y sus posibles fricciones con la CDPD.....320
3. El impacto del artículo 12, y la presencia de los modelos en el ordenamiento jurídico interno.....325

3.1.-	La Constitución.....	326
3.1.1.	<i>Sobre el impacto</i>	326
3.1.2.	<i>Sobre los modelos de capacidad</i>	328
3.2.-	Ámbito civil.....	330
3.2.1.	Régimen general de personalidad y capacidad jurídica.....	330
3.2.1.1.	<i>Sobre el impacto</i>	330
3.2.1.2.	<i>Sobre los modelos de capacidad</i>	336
3.2.2.	Instituciones de protección y representación.....	338
3.2.2.1.	<i>Sobre el impacto</i>	338
3.2.2.2.	<i>Sobre los modelos de capacidad</i>	340
3.2.3	Voluntad anticipada	341
3.2.4.	Capacidad jurídica para realizar actos jurídicos Patrimoniales	341
3.2.4.1.	<i>Sobre el impacto</i>	341
3.2.4.2.	<i>Sobre los modelos de capacidad</i>	343
3.2.5.	Capacidad para realizar actos jurídicos personalísimos.....	343
3.2.5.1.	<i>Sobre el impacto</i>	343
3.2.5.2.	<i>Sobre los modelos de capacidad</i>	346
3.2.6.	Régimen de responsabilidad civil.....	347
3.2.6.1.	<i>Sobre el impacto</i>	347
3.2.6.2.	<i>Sobre los modelos de capacidad</i>	349
3.3.-	Ámbito penal: régimen de responsabilidad penal.....	350
3.3.1.	<i>Sobre el impacto</i>	350
3.3.2.	<i>Sobre los modelos de capacidad</i>	357
3.4.-	Ámbito de la salud: Derechos del paciente.....	359
3.4.1.	<i>Sobre el impacto</i>	359
3.4.2.	<i>Sobre los modelos de capacidad</i>	363
3.5.-	Evaluación de la capacidad ante los operadores jurídicos.....	365
3.5.1.	<i>Sobre el impacto</i>	365
3.5.2.	<i>Sobre los modelos de capacidad</i>	369
3.6.-	Ámbito laboral: capacidad jurídica en las relaciones.....	370
3.6.1.	<i>Sobre el impacto</i>	370
3.6.2.	<i>Sobre los modelos de capacidad</i>	373
3.7.-	Leyes Especiales.....	375
3.7.1.	<i>Sobre el impacto</i>	375
3.7.2.	<i>Sobre los modelos de capacidad</i>	378

CONCLUSIONES.....	381
--------------------------	------------

BIBLIOGRAFÍA.....	392
--------------------------	------------

INTRODUCCIÓN

El concepto de *capacidad* es una construcción social que responde a determinadas demandas, ético-sociales, de cada momento histórico, ya que como es sabido, las ideologías y políticas dominantes en cada época histórica y en una determinada sociedad mantienen una relación dialéctica con las interpretaciones acerca de las diferencias humanas y las correspondientes prácticas o tratamientos dirigidos a los grupos sociales que conforman estas personas.

Al abordar estas cuestiones puede ser útil distinguir entre ser humano y personalidad. Los datos sobre ciertas sociedades nos revelan que existe un punto en el cual la humanidad de algunos colectivos; extranjeros, esclavos, mujeres y sobre todo las personas con discapacidad, se han puesto en duda. Lo comentado parece incompatible con uno de los pilares fundamentales de los derechos humanos; la noción de *dignidad humana*. Piedra angular de los derechos humanos, este valor debería reforzar la idea de que las personas mencionadas tienen un papel en la sociedad, que se debe atender con absoluta independencia de cualquier consideración de utilidad social o económica.

Un componente de la dignidad, es la *autonomía*, que puede ser entendida como un espacio reservado, sin restricciones, para la acción voluntaria de la persona. El valor de la autonomía se basa en el supuesto previo de una capacidad de acción y de comportamiento autodirigido.

Ahora bien, el concepto de capacidad, “es uno de los principales referentes del discurso ético y jurídico, y es utilizado a la hora de definir a los seres humanos. En efecto, tanto la idea de sujeto o agente moral, como la de sujeto de Derecho, como la propia dignidad humana en la que se fundan ambos conceptos, parten de la idea de capacidad”¹.

Podríamos decir entonces que la “teoría de los derechos humanos está cimentada sobre un modelo de individuo caracterizado, principalmente, por su “capacidad” para

¹ De Asís, R., *Sobre la capacidad*. Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto Consolider-Ingenio 2010. “*El Tiempo de los Derechos*”, csd2008-00007, y en el proyecto “El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español”, Ministerio de Ciencia e Innovación, Madrid, p.2.

razonar, por su “capacidad” para sentir y por su “capacidad” para comunicarse. Es ese modelo el que constituye el prototipo del agente moral, esto es, el prototipo del sujeto capacitado para participar en la discusión moral”².

Hoy en día la mayoría de los ordenamientos jurídicos manejan una noción clásica del término *capacidad*. La noción de capacidad jurídica incluye dos componentes: la capacidad de ser titular de un derecho y la capacidad de obrar y ejercer el derecho, que abarca la capacidad de acudir a los tribunales en caso de afectación de esos derechos.

La *capacidad jurídica* como una de las cualidades o manifestaciones de la personalidad, es la aptitud de la persona para ser titular de derechos y obligaciones y se tiene por el mero hecho de nacer. Además de una cualidad personal actúa unificando todos los efectos (derechos, obligaciones, facultades) de las relaciones jurídicas que atañen a la persona. Se trata de una cualidad pasiva. Su reconocimiento se encuentra íntimamente ligado a la dignidad de la persona, por tanto esta capacidad nace y muere con ella, la acompaña durante toda su vida, y, a pesar de todos los cambios que la persona experimente, se mantendrá constante. Hace referencia o alude a una situación potencial; todo ser humano por el simple hecho de serlo puede ser titular de derechos y obligaciones, de entrar en las relaciones jurídicas, sin que quepa admitir distinciones entre los seres humanos por razón de sexo, nacimiento, raza, creencias, opiniones, condición social etc. El hecho de que con posterioridad, a lo largo de la vida, algunas personas tengan más derechos y/u obligaciones que otras, o que tengan más bienes unas que otras, no altera en nada la situación de igualdad que inicialmente se le reconoce a todo ser humano.

En contraposición, la *capacidad de obrar* como indica su propia terminología, implica actuación y, partiendo del libre desarrollo de la personalidad, no es extraño que, a diferencia de la capacidad jurídica, tenga como rasgos característicos la contingencia y la variabilidad. La capacidad de obrar no es otra cosa que la aptitud necesaria para poder ejercitar el contenido de los derechos y obligaciones de que se es titular. Esta capacidad representa el aspecto dinámico de la personalidad y significa la aptitud para la realización de actos jurídicamente válidos y eficaces. Representa la aptitud de cada individuo concreto para ejercitar su autonomía de la voluntad y puede decirse que se atribuye en función de la

² De Asís, Rafael, *Incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, educación, derecho y poder*, en “Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas”. Ed. Dykinson, Ignacio Campoy Cervera, Madrid, 2004, p. 65.

trascendencia jurídica del acto que se pretende realizar. Es variable y por tanto susceptible de modificación a lo largo de la vida de la persona. Tal modificación se funda en las alteraciones de la capacidad de entender y querer que, por causas psíquicas o físicas, pueda padecer el individuo, dando lugar a las llamadas “limitaciones a la capacidad de obrar”. Esto sólo puede efectuarse por resolución judicial.

El desconocimiento de la capacidad jurídica de una persona o grupo de personas se traduce en la negación tanto del derecho a la personalidad jurídica como de la capacidad de obrar. En muchas jurisdicciones, cuando se han intentado atacar las normas relativas a la capacidad por ser discriminatorias, el resultado ha sido su reemplazo por legislación que efectúa un reconocimiento simbólico de los derechos del grupo excluido, pero que en realidad, si bien reconoce la capacidad para ser titular de derechos, sigue negando la capacidad de ejercerlos.

Frente a ello, el Derecho internacional de los derechos humanos, que ha sido empleado con frecuencia para cuestionar la legislación nacional de carácter discriminatorio, incluye en la noción de capacidad jurídica tanto la titularidad como la posibilidad de ejercicio de los derechos. El artículo 15 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante CEFMD) constituye un ejemplo en este sentido. Aquí la garantía de la igualdad en el ámbito de la capacidad jurídica se refiere tanto a la capacidad de goce o de derecho como también a la capacidad de obrar o de ejercicio. Como así mismo el “significado otorgado en la CEDFM, que es un instrumento con objetivos similares, aunque diseñado para otro grupo en situación de vulnerabilidad ; y sobre todo el modelo filosófico que inspira a la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”³, (en adelante CDPD) y su objeto, tal como lo señala en su artículo 1º, no es otro que, “*promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad*”. Este propósito debe materializarse a través de todas las disposiciones de la CDPD, incluyendo la relativa a la capacidad jurídica; y que todo Ordenamiento jurídico interno, establece una noción de capacidad y a su vez, mantiene limitaciones a la capacidad desde esta diferenciación entre *capacidad jurídica* y *capacidad de obrar*.

³ Palacios, A., *Capacidad jurídica derechos humanos y derecho internacional*, en *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, Palacios A, y Bariffi, F. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2012, p.226 y 227.

Así mismo en la CDPD, subyace también una noción de capacidad, tratado en su artículo 12, pero que atraviesa todos sus enunciados.

Constituyen los objetivos del presente trabajo:

- Demostrar que la noción de capacidad que subyace en un Ordenamiento jurídico interno tiene un peso significativo en la adopción que este hace o podría hacer de la convención. En otras palabras, cuanto más se acerque el concepto de capacidad que subyace en un ordenamiento, al concepto de capacidad que se plantea desde la convención, mayores serán las posibilidades de que dicho instrumento pueda ser adoptado plenamente por tal ordenamiento. Es decir que, si contrariamente el Ordenamiento interno no adopta el concepto de capacidad presente en la convención, esta no podrá implementarse íntegramente en dicho Ordenamiento.
- Replantear algunos presupuestos estándares que impiden avanzar hacia la plena inclusión de las personas con discapacidad, lo que obliga a reformular el concepto de autonomía para ampliar su interpretación y, como consecuencia de ello reflexionar sobre el mismo concepto de capacidad e incluso sobre el de dignidad, debiendo reinterpretarse dichos conceptos de conformidad a los principios de igualdad y no discriminación, que son claves para el entendimiento de los derechos en el siglo XXI. Estos replanteamientos nos permitirán avanzar hacia una sociedad más inclusiva, siendo el gran desafío de las teorías de los derechos.
- Derivado de lo anterior, un tercer objetivo será el de construir una noción de capacidad jurídica universal, en donde se presuma la capacidad jurídica de todas las personas. Esta nueva noción tendrá que estar fundamentada en el principio de igualdad y no discriminación.
- Por último, en el presente trabajo se persigue demostrar que a través de los modelos de capacidad, se puede interpretar la noción de la capacidad jurídica que subyace en la CDPD, y en cada uno de los ordenamientos jurídicos a investigar.

Para poder avanzar en estos temas, dividiremos el trabajo en dos grandes apartados, el primero denominado “*La construcción de la capacidad jurídica*”, que a su vez estará subdividido en dos capítulos, el primero de ellos nominado “*Modelos teóricos de capacidad jurídica*”, y el segundo “*El tratamiento de la capacidad jurídica en la CDPD*”.

Luego, un segundo apartado denominado “*Tratamiento de la capacidad jurídica, en España, Argentina y Chile*”.

Consta en el Primer apartado:

En el *primer capítulo*, se identifican tres modelos teóricos que han sustentado una noción de capacidad y a partir de ello han justificado ciertos límites a la capacidad, determinando un tipo de trato a quienes no se ajustan a dicha noción. Cada modelo será construido a través de tres ámbitos de análisis: sociocultural, ético y jurídico.

En el primer modelo a desarrollar denominado “*de status*” (posición), la capacidad se identifica con la posición de un individuo en la sociedad. Sus presupuestos esenciales son: (i) supremacía de lo colectivo sobre lo individual, (ii) una fuerte influencia religiosa, (iii) una jerarquía patriarcal con una marcada desigualdad social y (iv) un tratamiento desigual de los individuos, bajo la premisa de que no todo ser humano es considerado persona. Tomaré como objeto de estudio a diferentes grupos, representativos de las limitaciones a la capacidad: los esclavos, las mujeres, los extranjeros y las personas con discapacidad. El referente será el Derecho romano. Aquí describiremos el “modelo de prescindencia de discapacidad”, asociado a una visión animista clásica, relacionada al castigo divino o a la intervención del “Maligno”.

En los siguientes dos modelos, tomaré como objeto de estudio al colectivo de las personas con discapacidad, por ser el grupo en donde se han presentado, y se presentan los principales debates en cuanto a la capacidad y sus limitaciones, sobre todo en las últimas décadas.

El segundo modelo designado *paternalista*, concibe la capacidad distinguiendo las dos dimensiones clásicas, la estática y dinámica, aceptando esta construcción del término. Este modelo asume en la historia límites a la capacidad y estos van evolucionando, no obstante los límites plantean problemas de justificación. Aquí la capacidad se identifica con un “modelo de individuo estándar”, aquel capaz de razonar, sentir y comunicarse. Su referente será el código civil heredero del Derecho romano privado. En este modelo la igualdad se persigue desde la “normalización” de la persona con discapacidad, ya que es el

individuo el que tiene que adaptarse a la sociedad, así el término utilizado será el de “integración”. Desde esta perspectiva, el modelo de discapacidad que predomina es el “rehabilitador”, el cual también analizaremos, donde prevalece la intervención médico-profesional, sobre la demanda de la persona, desde una interpretación parcial de la autonomía de las personas con discapacidad.

El tercer modelo denominado *promotor* de los derechos, no integra límites. La capacidad la identificamos con un individuo “integral”. Su referente es la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Este modelo aspira a la igualdad desde la “inclusión” de la persona con discapacidad, siendo la sociedad la que debe adaptarse a las diferencias de los individuos. No hablamos de límites a la capacidad, si no de ejercicio de los derechos. Aquí haremos alusión al “modelo social de discapacidad”, para apreciar el cambio que nos propone este nuevo paradigma de la autonomía personal, con el logro de una vida independiente como objetivo básico, desde una interpretación integra de la autonomía de la persona con discapacidad.

En la construcción de los modelos de capacidad, introduciré como elemento de análisis los diferentes “modelos de discapacidad”, que han ido predominando y evolucionando a lo largo de la historia. Esto nos permitirá comprender lo que en cada contexto socio-histórico, se ha denominado discapacidad o en otras palabras por qué y a partir de qué atributos o características a algunas personas se las ha dejado fuera del ámbito de la capacidad. Esta incorporación es relevante porque, “cada sociedad tiene en cada momento histórico unas determinadas necesidades y unos valores sociales (contexto social) en función de los cuales se establece lo que es adecuado socialmente y lo que resulta inadecuado (diferencia), unos encargados (expertos) que precisan la forma de distinguir (criterios de selección) a los sujetos (diferentes), con el calificativo con el que se ha de reconocer (terminología), la función que han de desempeñar en la sociedad (el papel social) y el trato que se les ha de otorgar (tratamiento)”⁴.

En el *segundo capítulo*, una vez identificados estos modelos de capacidad, estudiaré cuál de ellos adopta la convención o al menos cual es el que predomina en sus enunciados. Si bien considero que la noción de capacidad que maneja la convención es transversal a todos sus enunciados, me centraré en el estudio del artículo 12, por tratarse

⁴ Aguado, A., *Historia de las deficiencias*, Ed. Escuela libre Madrid, 1995. p. 20.

del precepto en donde se desarrolla específica y explícitamente el tratamiento de la capacidad. De esta manera, observaremos la discusión planteada sobre la capacidad jurídica en la elaboración de la Convención y los debates previos a la redacción del art.12. Analizaremos los elementos que confluyen para cimentar la capacidad jurídica universal, sobre todo el concepto de discapacidad que subyace en la CDPD, y el modelo de apoyo. Además investigaremos cual es el modelo que se plasma en el art.12 de la CDPD, de conformidad a los principios, de autonomía, igualdad y no discriminación y del principio de vida independiente.

Por su parte, en el *Segundo apartado*:

En el *tercer, cuarto y quinto* capítulo, investigaré el tratamiento de la capacidad jurídica en los ordenamientos jurídicos; español, argentino y chileno, en ese orden correlativo, observando la dimensión del impacto del art.12, en distintos ámbitos del derecho, tomando como objeto de análisis, la constitución, el ámbito civil, el ámbito penal (régimen de responsabilidad), el ámbito de la salud, el ámbito laboral, y la evaluación de los operadores jurídicos, entendido este último como el acceso a la justicia.

A partir de este análisis podremos comprobar la presencia de algunos de los modelos teóricos de capacidad y/o cuál de ellos predomina en su interior. No sin antes estudiar el proceso de incorporación de la CDPD, en su interior. Será aplicada la misma metodología de estudio a los tres ordenamientos jurídicos a estudiar, razón por la cual la hemos agrupado en este apartado de la presentación, siguiendo las mismas directrices mencionadas.

El análisis de la convención y de los ordenamientos mencionados, se realizará a través de los modelos de capacidad, dicho análisis arrojará pautas para comprender el tratamiento que cada uno de estos países ha hecho de la convención, desde el punto de vista de la capacidad.

Advertiremos en este punto que, cuando nos refiramos a la capacidad jurídica o capacidad sin más, estaremos englobando las dos dimensiones de la capacidad tanto la dinámica como la estática. Y cuando nos refiramos solamente a su la dimensión dinámica, la denominaremos capacidad de ejercicio o capacidad de obrar.

PRIMERA PARTE
CONSTRUCCIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA

I. MODELOS TEORICOS DE CAPACIDAD JURÍDICA

1. MODELO DE STATUS

El presente modelo parte de un tratamiento desigual de las personas, impidiendo su pleno desarrollo moral, fin último de los derechos. Abarca un amplio período histórico que se prolonga desde la antigüedad hasta comienzos de la Modernidad.

Destacar, a propósito del espacio temporal que abarca el modelo, que las sociedades clásicas, griega y romana, tenían perfecta “conciencia de la no universalidad de la condición de “ser humano”: había seres humanos destinados a ser libres y seres humanos destinados a ser esclavos, y eso se entendía que formaba parte de las condiciones naturales de nuestra existencia; dicho de otra forma, se sabía y asumía que no todos los seres humanos valían lo mismo y se actuaba en consecuencia (el “ciudadano” de la Polis era miembro de una minoritaria y selecta clase de seres humanos dotados de derechos y deberes políticos, así como de conciencia; pero todo el mundo era consciente de que esa condición de ser humano no era la mayoritaria, no estaba dotada de universalidad)”⁵.

1.1 Justificación socio-cultural

Como es sabido, la estructura social de la Antigüedad se caracterizaba por las desigualdades basadas, casi siempre, en la consideración del extraño, del diferente o de todo aquel que no se consideraba apto para la defensa de la población, como ser inferior. Fue precisamente la institución de la esclavitud, caracterizada en términos generales por la ausencia de derechos (o de lo que hoy denominaríamos como personalidad) la que dio cobijo a estos colectivos.

En algunos casos, esa consideración se apoyaba en razones de índole militar (como ocurrió en Esparta), y en otros simplemente en la desconsideración del otro⁶.

⁵ Ferreira, M.A., “Modernidad, individuo y diversidad funcional: Una infundamentación ética”. En “Intersticios” *Revista Sociológica de Pensamiento crítico*, vol. 2, 2008, p.4.

⁶ Esto se tradujo en la minusvaloración e incluso en el desprecio de las personas con discapacidad, los extranjeros y las mujeres.

Este paradigma discriminatorio, es el que reflejan los ordenamientos jerarquizados en castas o clases que son característicos en la antigüedad. Estas desigualdades, quedarán reflejadas en el ordenamiento jurídico romano.

Representa la técnica jurídica romana la plasmación de los presupuestos antropológicos característicos de la cultura clásica: la individualidad y la sociabilidad humana. Esta mixtura queda reflejada en “la tecnificación de *caput* y su integración jurídica en la dinámica de *posiciones* que hoy llamamos *status* representa la consagración de una organización social no igualitaria, discriminatoria, esclavista y absorbente, a cuyas estructuras (*civitatis, libertatis, familiae*) se reconoce mayor valor y relevancia que al individuo suelto, si bien este, en definitiva, no deja de ser contemplado en su verdad ontológica. Por su singularidad, tiene aptitud definitiva y suficiente para las relaciones del derecho”⁷.

Está claro que en Roma “la cualidad del hombre por sí sola no es bastante para atribuir la capacidad, como también lo está que se produjo una lenta evolución desde la época arcaica en que, centrado por el derecho público y privado los *pater familia*, aparecen como los únicos sujetos potenciales de la relación y actuación jurídica. Hasta llegar a la época bizantina, en que, universalizado, el *status civitatis* - ciudadanía romana -, y, carentes casi de significado la *manus* y la *potestas del pater*, empezó a perfilarse la subjetividad jurídica general del individuo libre. De esta manera, las circunstancias modificativas quedan como determinantes únicas de una capacidad que por sus rasgos de variación y gradualidad, hoy tenderíamos a llamar sólo de “obrar”.

En la Edad Media, la desigualdad social seguirá existiendo si bien en este momento se introducirá otro factor discriminante, también apoyado en lo diferente: la Iglesia institución.

La importancia de la Iglesia, se había consolidado tiempo atrás, cuando el imperio romano le había donado grandes extensiones de territorios en diferentes lugares de Europa. Este poder hizo que la vida de los obispos y abades se alejara de los principios básicos del catolicismo: pobreza, obediencia y castidad. Llevaban una vida de riquezas, vasallos que le rendían homenajes y tributos y siervos que le trabajaban la tierra.

Para justificar esta forma cómoda de vida, los teólogos consideraban que para mantener la sociedad en armonía debían existir tres clases sociales, interdependientes:

⁷ Fernández de Bujan, A., *Derecho privado romano*, Ed. Iustel, 2009. Madrid, p. 44.

los que guerreaban, los que oraban y los que trabajaban. Otras de las funciones importantes de la iglesia, fue que muchos monasterios e iglesias se dedicaron a traducir, interpretar y archivar todos los libros de la época, lo que hizo que se transformaran en verdaderos centros de cultura.

Aunque la doctrina de la iglesia era contraria a la esclavitud, en la Edad Media no desapareció la esclavitud, pero se modificó de forma importante para convertirse en *servidumbre* condición intermedia entre la libertad y la esclavitud.

La desigualdad social estará presente en el mundo del Derecho, en los diferentes movimientos sociales de la época y, en una determinada “representación social” de la discapacidad a través del “modelo de prescindencia de discapacidad”, que se concibe en la época.

El derecho romano que “se incorpora progresivamente a la cultura jurídica a partir del siglo XII y sobre todo con el humanismo del siglo XV en adelante, será también decisivo para la formación del Derecho moderno, supondrá el paso de una sociedad teocéntrica a una sociedad iuscéntrica”⁸. Será muy importante su influencia en la formación del derecho privado, donde se producirá más precisamente esa identificación del derecho natural, pero también en el derecho público. Este Derecho se va a construir de conformidad a la situación social de la época “cuando hablamos de la recepción del derecho romano, no se quiere expresar un simple trasplante del ordenamiento jurídico romano a la nueva sociedad, sino una incorporación reelaborada e incluso manipulada, tanto para servir el nuevo poder y a la burguesía, como para hacerlo inteligible y práctico a la organización económica y social y a los esquemas culturales del tránsito a la modernidad”⁹.

El humanismo y la reforma serán dos movimientos que se influyen entre sí; el primero estará presente en amplios sectores de la reforma, y esta marcará también al humanismo y a sus herederos del siglo XVII y XVIII.

El humanismo del renacimiento trajo consigo el resurgir de los temas filosóficos griegos, especialmente el platonismo, que en esta época aparece como una reivindicación antropocéntrica en la filosofía, el arte, incluso en la religión, frente a la doctrina medieval. Este replanteamiento “entre los humanistas neoplatónicos se populariza al tópico literario

⁸ Ídem.

⁹ Peces-Barba G, Colaboración De Asís, R, Fernández Iies, C, Llamas, A., *Curso de derechos fundamentales*, Ed. Colección cursos. Teoría general, Madrid 1999, p. 123.

de la dignidad humana que significa, una exaltación naturalista y optimista de las facultades superiores del alma: intelecto, libertad, voluntad. Consecuentemente el derecho deja de estudiarse sobre la base de la teología y se trata de explicar y construir sobre bases humanas, naturales y racionales. Este antropocentrismo ético coloca al hombre, constructor de sí mismo y dominador de la naturaleza, en el centro del universo”¹⁰.

Aunque este desarrollo filosófico fue importante, la espiritualidad de la Edad Media fue el auténtico indicador de la turbulencia social y cultural de la época. Esta espiritualidad estuvo caracterizada por una intensa búsqueda de la experiencia directa con Dios, bien a través del éxtasis personal de la iluminación mística, o bien mediante el examen personal de la palabra de Dios en la Biblia. En ambos casos, la iglesia orgánica —tanto en su tradicional función de intérprete de la doctrina como en su papel institucional de guardián de los sacramentos— no estuvo en disposición de combatir ni de prescindir de este fenómeno. Toda la población, laicos o clérigos, hombres o mujeres, letrados o analfabetos, podían disfrutar potencialmente una experiencia mística. Concebida ésta como un don divino de carácter personal, resultaba totalmente independiente del rango social o del nivel de educación pues era indescriptible, irracional y privada.

Es en la religión, donde se van a encontrar a su vez las causas que originan la discapacidad. En este contexto, la persona con discapacidad se percibe como innecesaria, sin “utilidad social”, porque no responde a las necesidades de su comunidad. Estos constituyen los presupuestos esenciales del *modelo denominado de prescindencia*: “la justificación religiosa de la discapacidad y la consideración de que la persona con discapacidad no tiene nada que aportar a la comunidad.”¹¹. El ser consideradas innecesarias, llevará a que la sociedad decida prescindir de ellas ya sea a través de políticas eugenésicas o a través de la marginación.

En esta época, la persona con discapacidad alberga mensajes diabólicos, que son la consecuencia del enojo de los dioses o un castigo hacia sus progenitores. Por estos motivos, serán temidos, perseguidos o en casos extremos eliminados por la sociedad. Es así como, “en Esparta y Atenas se practica el *infanticidio* de deformes y de apariencia inusual; práctica recomendada por intelectuales de la época, quienes consideraban necesario eliminar a los débiles y a los deficientes. La decisión de permitir vivir al recién nacido se

¹⁰ Ídem, p. 135

¹¹ Palacios, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Ed. Cermi, 2008 Madrid, p. 37

encontraba reservada a los miembros más ancianos de la tribu a la que pertenecía el padre. El niño que parecía *débil o deforme* podía ser abandonado por las cercanías del Monte Taigeto”¹². En este sentido, resalta Ignacio Campoy “las ideas de Aristóteles respecto del control que se ejercía sobre la “calidad” de la naturaleza del niño a través de la legitimación de prácticas abortivas y la exclusión de su crianza como consecuencia de sus diversidades funcionales (término utilizado en sustitución del de discapacidad) entre otras razones”¹³.

Con el advenimiento del cristianismo, el rechazo social que podría llevar a la persona deforme o "lisiada" a la muerte, evoluciona hacia ciertas formas de redención. Se condena el infanticidio y son convertidas en objetos de caridad, en tanto son dolientes y pobres. Consecuentemente, el destino de las personas con deficiencias, que lograban sobrevivir y alcanzaban la adultez, era la mendicidad o el asilo de la iglesia. Aunque a veces se alentaba a atribuirles el origen de cualquier suceso sobrenatural y se los denominaba “endemoniados o seres diabólicos”.

En el Renacimiento surge un trato más humanitario hacia las personas marginadas en general. Es así como, “en el siglo XV se funda la primera institución (asilo u orfanato) para atender a enfermos psíquicos y deficientes mentales. Después del Renacimiento, durante los siglos XVII y XVIII, a quien tenía una discapacidad psíquica se le consideraba persona trastornada, que debía ser internada en orfanatos o manicomios, sin recibir ningún tipo de atención específica”¹⁴.

En esta época, la persona con discapacidad ya no es invisibilizada, dejada de lado o eliminada, aquí ocupará un sitio, el de los marginados. Esta situación, igualmente es de exclusión, ya que, “en aquellos tiempos no existía como en la actualidad una conciencia con respecto a la discapacidad, ni eran las personas clasificadas o calificadas según este parámetro. En consecuencia se podría afirmar que las personas con discapacidad se encontraban en el mundo medieval incluidas dentro del grupo de pobres y mendigos”¹⁵.

Este modelo de discapacidad representa además claramente como se posicionaba la sociedad frente a un “otro”, que no respondía a la condición de “ciudadano modelo”

¹² Scheerenerger, R.C, *Historia del retraso mental*, traducción de Isabel Villena Pérez. Real patronato de educación y atención a Deficientes. Ed. Servicio internacional de información sobre subnormales, 1984, p. 42.

¹³ Campoy, Ignacio, *La fundamentación de los derechos del niño: modelos de reconocimiento y protección*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, p.46.

¹⁴ <http://www.elcantarodesicar.com/psaludcantaro/discapacidadenlaactual07.htm>. Consultada 02/12/2009.

¹⁵ Palacios, A. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, ob. cit. p. 56.

(status) que demandaba un ciudadano fuerte físicamente para poder ejercer un papel útil al estado. Aquellos que fueran débiles quedarían en una posición de inferioridad, subordinados a los “fuertes”, es decir excluidos. Entonces, aquí podríamos pensar en las mujeres, esclavos y extranjeros con los mismos parámetros que hemos presentado para las personas con discapacidad a través del modelo de prescindencia. Dicho modelo podría ser aplicado también a estos grupos, cuyo destino común será la exclusión social, política y religiosa, ya que no pueden ejercer un papel activo, respecto a las necesidades del estado o la comunidad.

Así, quedaría en clara evidencia las razones que están detrás de este modelo (i) el rechazo al otro, al extranjero (ii) el rechazo al otro, al distinto: como es el caso de los discapacitados pero también sería el de las mujeres y esclavos (iii) en síntesis: el rechazo a aquellos que no pueden ejercer un papel en su comunidad. Como consecuencia de esto, las personas incluidas en estos grupos, no estarían investidos de “plena capacidad”.

Recordemos que “en esta sociedad no era concebida la existencia de la libertad individual, ni el término “persona” tenía tampoco el significado actual. El ciudadano quedaba enteramente sometido a la ciudad: le pertenecía por completo. La religión, que había engendrando al estado; y el estado, que conservaba la religión, se sostenían mutuamente y formaban un todo”¹⁶. Estos dos poderes, asociados y confundidos, componían una fuerza casi sobrehumana, en la cual el hombre quedaba esclavizado en cuerpo y alma.

Desde esta perspectiva, predomina una concepción “organicista” de la sociedad, como una constante en las sociedades antiguas que la podemos encontrar reflejada en la *Política* (Aristóteles): “consta pues, que la ciudad es cosa que consiste en natura, y que es primero que ninguno de nosotros. Porque si cada uno viviera solitario no podría bastarse a sí mismo; será, comparado con la ciudad, de la misma manera que las partes con el todo”¹⁷. En efecto Aristóteles no separa la ciudad del individuo e insiste en forma reiterada en la confusión entre la felicidad individual y la felicidad colectiva, para él, no se puede conseguir felicidad personal fuera de la comunidad política¹⁸. Es más bien lo contrario; si hay que elegir, el bien de la ciudad y su estabilidad, prevalecen sobre los individuos. Así,

¹⁶ De Coulanges, F., *La ciudad antigua*, trad. de Carlos Martín Diamante, colección Obras maestras Barcelona, 1971, p 268.

¹⁷ Aristóteles, *Política*, libro I capítulo II, traducción Pedro Simón Abril, Ed. Nuestra Raza (colección todos los clásicos) Madrid, 1934, p 16.

¹⁸ Aristóteles, *Política*, trad. García Valdez, Ed. Gredos, Madrid, 2000, p 402.

propone un modelo único y público de formación de los ciudadanos, para que puedan ser virtuosos y felices¹⁹.

Es paradójico que jamás en la antigüedad se llegó a reconocer al hombre por sí mismo, como persona, aun cuando hayan sido los griegos y su filosofía quienes por primera vez se ocupasen de la idea de hombre y de la humanidad.

1.2. Justificación ética

Como no podría ser de otra forma, el modelo de status es un reflejo del pensamiento presente en el periodo de tiempo que este ocupa. Pero tal vez sea Aristóteles quien mejor represente sus postulados básicos.

Para Aristóteles el hombre es racional y libre en tanto que ciudadano de la polis. La plenitud de la naturaleza humana se daría en la particularidad de un reconocimiento político. El punto central de la Política Aristotélica está en negar el carácter extrínseco del orden político respecto del orden biológico. No existe un individuo biológicamente viable fuera de una polis que surge a partir de las necesidades elementales de la vida.²⁰ Por eso dice que “el estado es una creación de la naturaleza como exigencia de la mera supervivencia humana, y no por convención. La prueba de ello es que el individuo aislado no es autosuficiente como hombre, si no es una bestia o un dios”²¹.

El hombre fuera del estado es un hombre muerto. Por el solo hecho de existir es “parte del sistema sociopolítico, que existe a su vez para satisfacer sus necesidades, y que solo llamamos justo cuando es el ámbito de despliegue de esas necesidades. Por eso también el hombre no tiene reivindicaciones ante Dios, de quien lo recibe todo gratis, pero sí ante la comunidad política en cuyo seno él debe alcanzar su fin, especialmente el último que es su autosuficiencia como individuo, y que no es otra cosa que lo que llamamos libertad”²². En este sentido la libertad sería inherente al propio ser humano, “la libertad no es entonces una concesión legal, sino la última exigencia que parte de la simple existencia individual. Un estado que no conceda libertad a quien por naturaleza es capaz de ella es la

¹⁹ Ídem, p, 456.

²⁰ Ídem, p,29 y 30.

²¹ Ídem, p,25 y ss.

²² Hernández, J., “Esclavitud y dignidad en Aristóteles”, Universidad de Sevilla, *Themata, revista de filosofía*, numero 12, año 1994, p. 114. p. (111-116)

consagración de la injusticia, es una tiranía. Solo en un Estado justo el hombre alcanza la plenitud racional y libre de su humanidad²³.

La teoría aristotélica de la esclavitud es expresión de su teoría antropológica. Dice Aristóteles que “ningún hombre debe ser esclavo por convención o como resultado por ejemplo de una derrota en la guerra o en general de la aplicación de la fuerza de los extranjeros. La esclavitud no puede ser un *Facttum*, como tampoco lo es la libertad, sino que es justa donde lo es allí por naturaleza”²⁴. En la percepción bárbara, cualquier hombre extraño es potencialmente un esclavo y para justificar su esclavitud basta la fuerza de hecho para apropiarse de él. Para Aristóteles para que un hombre “pueda ser esclavo no basta con que sea extranjero ni siquiera con que sea esclavo de hecho: es necesario que lo sea según justicia, allí donde por naturaleza haya hombres que no son propietarios de sí mismos, sino justamente propiedad de otros”²⁵.

El hombre no es entonces potencialmente esclavo en tanto que individuo biológico desnaturalizado políticamente, sino que es esclavo solo en la medida en que es incapaz de su propia libertad y autosuficiencia en el seno de una *polis* justa. Así son esclavos “por naturaleza, por distintos motivos los niños, probablemente las mujeres en el seno de la comunidad doméstica, y en virtud de su insuficiencia económica, los débiles moral y psíquicamente, y los malvados que están dominados por sus pasiones, también los bárbaros, pero no por ser tales sino en virtud de su presumible falta de desarrollo cívico y moral. Pero en cualquier caso la esclavitud es injusta allí donde en su carácter de facto y no natural no responde a las necesidades del esclavo mismo, que alcanza su felicidad no por sí, sino por medio de su señor. De ahí que en la esclavitud justa o natural señor y esclavo son amigos y tienen un interés común”²⁶.

Salvo en esta circunstancia, “la plenitud de los derechos políticos en una comunidad es algo que compete al hombre, no por convención u otorgamiento político sino por naturaleza y en la medida en que la individualidad biológica alcanza su fin en el seno de aquella comunidad justa en la que desarrolla su racionalidad plena, mas no como una

²³ Ídem.

²⁴ Ídem, p.115.

²⁵ Aristóteles, *Política*, ob. cit. 14.

²⁶ Aristóteles, *Política*, ob.cit. 12-15.

gracia que se le otorga sino como un derecho que puede reivindicar como individuo de la especie, a partir de su mera existencia biológica”²⁷.

Esta forma de concebir al otro se proyectará en la Edad Media, si bien, como ya apuntamos, en este periodo adquirirá peso el pensamiento religioso y con él, la construcción de una idea de dignidad humana de origen externo basada en la imagen de Dios, entonces “el valor del hombre derivaba del parentesco uniendo el hombre con dios y hacía del primero un ser excelente por ser creado a la imagen del segundo. Gracias a las cualidades que le fueron atribuidas (pensamiento, lenguaje, etc.) el ser humano podía demostrar su grandeza y la superioridad sobre los demás animales: el hombre era el único ser valioso puesto que dios le otorgó solo a él las capacidades más nobles para ejercer su predominio y perfeccionar su conocimiento. El concepto de dignidad era así un concepto religioso y las razones de su aparición deben buscarse en el antropocentrismo fomentado en gran parte por la religión judeo-cristiana”²⁸. Lo podemos observar en el pensamiento agustiniano, nos dirá, que el hombre encuentra su dignidad solamente en una *fuga mundi* que, a partir de un dualismo entre el cuerpo y el alma, rechaza la posibilidad de ser feliz, en el mundo. Dios es el principio y fin de los hombres.

En la época moderna, “el concepto de dignidad fue reformulado: la dignidad del hombre deriva de su naturaleza humana pero dicha naturaleza se desvincula progresivamente de cualquier origen divino. Como en la época pre-moderna se hace un elogio de las capacidades humanas pero esta vez deduciendo de éstas mismas la dignidad del hombre, sin acudir a ningún parentesco religioso”²⁹.

Otra noción de la dignidad estaba relacionada con el honor, cargo o título, apariencia, o como imagen que cada uno representa o se le reconoce en la vida social. En este sentido, Cicerón reconoce que entregarse en la “administración de los “negocios públicos” genera “esplendor y divinidad” es incluso lo más provechosos para el género humano”³⁰. Se opone a la igualdad política, “la democracia supone la igualdad de los individuos y es injustísima por qué no reconoce las distinciones proporcionadas por los meritos de cada uno. Los superiores y los inferiores disfrutan del mismo honor y de las

²⁷ Hernández, J., “Esclavitud y dignidad en Aristóteles”, ob. cit., p. 115 y 116.

²⁸ Pele, A., “Una aproximación al concepto de dignidad humana”, Universidad Carlos III, En *Revista de derecho y libertad*, 2009, p.9.

²⁹ Ídem.

³⁰ Cicerón, M, T., *Sobre los deberes*, trad. J, Guillen Cabañero, Ed. Tecnos, “Clásicos del pensamiento”, N° 64, Madrid, 1999. p. 37.

mismas dignidades, lo que no debe ocurrir en la ciudad de los mejores”³¹. Se trata del prestigio, del ascendiente y del respeto que goza el ciudadano en la vida política y social. Esta plenitud, por decirlo de así, “la fama, la reputación, la gloria, y la dignidad, forman un *contentio dignitatis*, una “contienda entre dignidades” que se materializa en el disfrute de la autoridad, entendida como autoridad moral, prestigio y credibilidad. En resumen el término dignidad posee dos categorías de sentido, una moral y otra social”³².

Efectivamente, el individuo podía sentir e identificar su valor y excelencia por la pertenencia a una élite con la cual compartía los rasgos sociales, políticos y económicos. Además, sentimientos como el valor en la Antigüedad³³ y el honor en la Edad Media³⁴ impulsaban al individuo demostrar su excelencia y obtener así el reconocimiento de la comunidad en la cual se encontraba.

A su vez, “la hipertrofia del rango y la jerarquía privará de dignidad a los inferiores, por eso en las sociedades muy jerarquizadas u organizadas en estamentos, en castas o órdenes, no es posible la igual dignidad, si esta pretende ser un mínimo de autonomía personal, un coto vedado a las intromisiones externas”³⁵.

En ambos casos, la progresiva influencia del elemento externo puede incluso difuminar, u oscurecer las dimensiones personales de la dignidad haciéndolas depender en exceso de esos elementos exógenos.

En la época se destaca la presencia de un humanismo cultural y científico en la tradición medieval, al menos desde el siglo XII, que deriva en gran parte de la originalidad del pensamiento agustiniano y que, con la recepción del aristotelismo adquiere solidez sistemática y fundamentación ontológica. Se trata, sin embargo de una fase efímera, este humanismo cristiano y teocéntrico de los siglos XIII y XIV va a ser sustituido pronto por otro humanismo antropocéntrico, desvinculado de la teología que, en cierto modo, ha perdurado hasta nuestro tiempo en su significación secularizada, y que, como nuevo planteamiento antropológico, no dejará de tener sus consecuencias jurídicas civiles.

³¹ Cicerón, M. T., *Sobre la república. sobre las leyes*, trad. J. Guillen Cabañero, Ed. Tecnos, “Clásicos del pensamiento”, N° 20, Madrid, 1992, p 29

³² Pele, A., *La dignidad humana: sus orígenes en el pensamiento clásico*, Ed. Dykinson, Madrid 2010, p.382.

³³ El valor como virtud política por excelencia en la antigüedad, en Arendt, H., *La condición humana*, Ed. Paidós, Barcelona, 1996, p.47.

³⁴ Ver, Periastrany, J.G., *El concepto del honor en la sociedad mediterránea*, trad. J.M. García de la Mora, Ed.Labor, Barcelona, 1968. También, F. Henderson Stewart, *Honor*, University of Chicago Press, Chicago, 1994.

³⁵ Peces-Barba Martínez Gregorio: *Dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, Ed. Dykinson, Instituto Bartolomé de las casas, 2º edición, Madrid, 2003, p.41.

De esta forma, el pensamiento filosófico de la época justifica la desigualdad en las relaciones sociales, haciendo referencia a causas naturales. Así por ejemplo queda justificado el poder que ejerce el amo sobre el esclavo, que lo es por naturaleza, al ser incapaz de obtener su libertad y autosuficiencia por sí mismo: De esta misma manera “serían esclavos por naturaleza, los niños, las mujeres, los débiles moral y psíquicamente, los malvados y bárbaros, y, con el mismo argumento quedaría justificado su sometimiento”³⁶.

Queda en claro, que en estas relaciones, hay un poder ejercido de una persona sobre otra, que a su vez implica para los sometidos una restricción en su capacidad. Lo que sería interesante identificar es si este poder es ejercido con una finalidad protectora, o se trata solo de una relación cuya única finalidad es someter al otro en beneficio único del sometedor.

Esta protección a la que hacemos referencia se ha denominado *paternalismo*, concepto que ha sido objeto de una larga y compleja discusión que comienza en el principio de los años setenta del pasado siglo, y se prolonga durante dos décadas sin arrojar resultados concluyentes. Todas las propuestas conceptuales en torno al paternalismo tienen como mínimo común denominador la que podríamos denominar la “analogía paternalista”. En este apartado me limitaré a abordar el paternalismo desde este concepto general, para luego desarrollarlo con mayor extensión en el próximo modelo.

El *paternalismo* proviene, como es obvio, de las relaciones paterno-filiales, en cuyo contexto los padres toman decisiones por los hijos para proteger a estos últimos frente a sí mismos, o sea, frente a su inexperiencia (en principio, transitoria): “si usualmente consideramos que eso está justificado, es porque pensamos también que esa es la manera en que los hijos lleguen a ser seres autónomos (o plenamente autónomos). Pues bien, fuera de este campo más o menos indiscutible (“más o menos”, porque también aquí hay dudas con respecto a en qué momento y en relación con qué decisiones se deja de ser menor), las medidas paternalista estarán justificadas si pueden verse como encaminadas a hacer posible la autonomía de los individuos o como medidas o acciones que un individuo emprendería si fuera autónomo (y aunque quizás no vaya a serlo nunca)”³⁷.

³⁶ Hernández, J., “Esclavitud y dignidad en Aristóteles”, ob.cit., 115.

³⁷ Alemany, M., *El paternalismo jurídico*, Ed. Iustel, 2006, Madrid, p. 21.

Es fácil advertir la fuerza persuasiva de la analogía paternalista para tratar de legitimar otros ejercicios del poder diferentes y menos obviamente conectados con lo que es “conforme a la naturaleza”³⁸.

En cuanto a los rasgos del poder paternal, hay “dos aspectos que deben ser distinguidos: el título del poder paternal y su modo característico de ejercicio. Y, a su vez dentro del poder paternal, debemos diferenciar entre a) el poder del padre sobre el hijo: poder paternal; b) el poder soberano sobre los súbditos: poder civil; y c) el poder del amo sobre los esclavos: poder despótico. El poder paternal y el poder despótico aparecen como naturales frente al ambiguo carácter del poder civil”³⁹.

En cuanto al modo de ejercer el gobierno, hay “dos rasgos centrales: uno, desigualdad natural, y dos, estar constituido en interés de los hijos. Estos dos rasgos están también presentes en la caracterización que Aristóteles hace del poder paternal y son, además, los criterios que el filósofo usa para distinguirlo de los otros dos tipos de poder: el del amo sobre los esclavos, también ejercido sobre los que no son iguales pero en beneficio del amo; y el del gobernante sobre sus gobernados, que es ejercido sobre los que son iguales y tanto en beneficio propio como en beneficio de los gobernados”⁴⁰. Caso distinto es la relación paterno filial, ya que “el cumplimiento de la finalidad del poder paternal: proteger, satisfacer las necesidades y educar a los hijos está garantizado por el amor que los padres experimentan hacia sus hijos. Lo importante a destacar aquí es que esta benevolencia imposibilita el conflicto de intereses entre padres e hijos y hace inapropiada la limitación jurídica de la autoridad paternal”⁴¹.

En base a lo anteriormente expuesto, podríamos deducir que, en la relación de poder del amo sobre el esclavo, no podríamos hablar de paternalismo conforme a los términos que lo sostienen, es decir la protección del padre frente a los hijos (de sí mismos)⁴². Siguiendo el razonamiento de Aristóteles⁴³ encontraríamos en esta relación, una necesidad mutua, en que por desigualdades naturales uno necesita del otro, en el caso del

³⁸ Ídem.

³⁹ Ídem, p.50.

⁴⁰ Aristóteles., *Ética a Nicómaco*, trad. Julián Marias, col. Clásicos Políticos, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1985.

⁴¹ Alemany, M., *El paternalismo jurídico*, ob. cit. p.49-50.

⁴² Ídem.

⁴³ Aristóteles *Política*, ob.cit. p. 12-15.

esclavo porque no puede lograr por si mismo su autorrealización personal, ya que esta se realizará a través del amo.

En todo caso, aunque no coincidiéramos con el razonamiento aristotélico acerca de la naturaleza de esta relación, es claro que este poder del amo sobre el esclavo, validaría el sometimiento de uno sobre otro en una relación de jerarquía por tanto de subordinación, sin ser concebida como paternalista. Diríamos por tanto que por uno u otro fundamento, es un tratamiento discriminatorio, “que restringe plenamente los derechos de la persona y su capacidad (en este caso el esclavo) ya que no solo limita su autonomía sino que no está encaminado a que dicha persona la desarrolle (es decir no se trata de una relación desigual transitoria, como sería en el caso de los niños, donde la protección está encaminada a hacer posible su futura autonomía). Entonces, esta “relación de poder” no tiene ninguna justificación más que el propio beneficio de quien ejerce el poder”⁴⁴.

Si bien en esta situación no podría hablarse de *paternalismo* del amo frente al esclavo, si habría al parecer una preocupación por la seguridad en el tráfico jurídico, desde lo patrimonial, en beneficio del amo. Lo comprobaremos a través de un ejemplo: “El esclavo, igual que lo hijos de familia, podía realizar negocios jurídicos, capaz de manifestar una voluntad, y a su vez podía administrar un pequeño patrimonio (*peculium*) pero todo lo que con ello adquiría ingresaba en el patrimonio del dueño. Civilmente responsable por el esclavo sólo era el señor en los casos de comisión de delitos por él, pero podía librarse de tal responsabilidad entregando al esclavo. Y en cuanto, a la responsabilidad de negocios jurídicos de los esclavos, el dueño sólo era responsable dentro de los límites establecidos por ciertas normas pretorias”⁴⁵. Esto es una peculiaridad, del Derecho romano, ya que el esclavo era considerado objeto de derecho y no sujeto de derecho.

1.3. Justificación jurídica

En el Derecho Romano, la persona se articula, como no podía ser de otra manera, sobre la base de la noción *antropológica* antigua expuesta por los filósofos griegos. La situación social prevalece sobre la realidad humana y lo que hoy entendemos por “personalidad”, en el sentido general de subjetividad jurídica es ante todo posición (*status*)

⁴⁴ Alemany, M. *El Paternalismo jurídico*, ob. cit. p. 49 y 50.

⁴⁵ Jors, W y Kunkel P.: *Derecho privado romano*, Ed. Labor, Barcelona, 1937, p. 95.

dentro de los grupos sociales y tiene un contenido tan radicalmente variable, que en modo alguno permite predicarla homogéneamente de todos los seres humanos, ni está presente en ellos de forma constante, a lo largo de su existencia.

“Personalidad” o “capacidad” corresponden al concepto romano de *caput*. La sinonimia “entre *caput* y *persona* se hace manifiesta toda vez que, con *caput* los romanos se refieren al *status civilis*. El *status* ciudadano romano se componía de tres aspectos (*status libertatis*, *civitatis*, *status familiae*). La pérdida de alguno de éstos, implicaba la *capitis diminutio*, que no era otra cosa que la pérdida de ciertos derechos y facultades”⁴⁶. Este significado hará que “*persona*” y “*caput*” sean intercambiables en ciertos contextos⁴⁷. No es el significado que conocemos hoy de capacidad, este es jerarquizado, y copulativo, así “el particular *status* de una persona jurídica depende del orden jurídico que lo otorga. Así por ejemplo, a determinados hombres, el orden jurídico romano, concedía un cierto número de derechos y facultades que constituían su *status libertatis*. El *status* (la cualidad jurídica) con el que alguien podía ser investido *per arbitrium* del orden jurídico romano, no era sino un conjunto de derechos y facultades. El *ius personarum* era, así, el derecho referido a los individuos considerados como investidos de facultades y derechos, es el derecho que regula estos tres tipos de *status*: *libertatis*, *civitatis* y *familiae*”⁴⁸.

La capacidad jurídica como noción abstracta, común a todos y relativa a la capacidad potencial de todos los derechos, es una abstracción jurídica seguramente inconcebible para la mentalidad romana. No se puede tener una noción así en un ordenamiento que, “por sus propios presupuestos antropológicos, diversifica las situaciones de subjetividad jurídica atendiendo, ante todo, a las posiciones político-sociales del individuo (técnica de los *status*)”⁴⁹ de tal forma que lo que hoy denominamos capacidad general de cada sujeto está en función de su *status*. La situación que “podríamos denominar de máxima capacidad jurídica se lograba reuniendo los *status civitatis* (ciudadano) y *libertatis* (libre) y gozando de la posición *sui iuris* (condición jurídica de independiente) en el *status familiae* (*pater familia*)”⁵⁰, pero además existía una amplia e imprecisa serie de

⁴⁶ Ídem.

⁴⁷ Ídem.

⁴⁸ Tamayo y Salmorán R., “Sujeto de derecho”, *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Distribuciones fontamara, Itam, México, 1995 p. 176 y 177.

⁴⁹ Ídem.

⁵⁰ Ídem.

condiciones y circunstancias en su mayor parte profundamente externas o sociales, que se consideraban comúnmente por los romanistas como modificativas de la capacidad.

Como ya hemos visto en el apartado anterior, a través del paradigma de discapacidad que predomina en este momento histórico, el *modelo de prescindencia*, se puede inferir también la causa del trato diferencial que sufren otros colectivos: los esclavos, los extranjeros y las mujeres. Diremos entonces que la sociedad decide prescindir también de ellos, porque no son “útiles” para la sociedad, en el caso:

- (i) de los extranjeros por no reunir el *status civitatis*. Estos, en el derecho romano estarán “privados de las ventajas del derecho de la ciudadanía y únicamente participarán de las instituciones derivadas del *ius gentium* (derecho de gentes); a los extranjeros que no tienen el derecho de la ciudadanía y con los cuales Roma no está en lucha, se les llama *peregrini* (peregrinos). Aristóteles justificará la inferioridad de los extranjeros, considerados como “bárbaros”, al no conocer la lengua griega, lo mismo ocurrirá luego en Roma, con el latín”⁵¹.
- (ii) de los esclavos, por no reunir el *status libertatis*: el esclavo carecerá de capacidad jurídica. En calidad de simple cosa, pertenecerá en propiedad a su señor, y todas las normas del derecho de las cosas le serán aplicables.
- (iii) de las mujeres, por no reunir el *status sui iuris*. En el antiguo Derecho romano la inferioridad de la mujer respecto del varón es patente, y no sólo en el ámbito del Derecho público, sino también en la esfera del Derecho privado⁵². Las mujeres griegas y romanas jamás poseyeron derechos políticos, no eran miembros de la

⁵¹ “El hombre, único animal que tiene sentido de lo bueno y lo malo, de lo justo e injusto en lo que –al decir de Celso – consiste precisamente el Derecho, tiene logos, palabra/razón que manifiesta ya lo que es bueno o malo, justo o injusto; es decir, lo necesario para el gobierno de la polis. Por eso el hombre es el único animal capaz de formar y vivir en la polis. No puede haber ciudades ni de animales ni de esclavos. He aquí lo que se produce cuando se convive y se intercambian palabras y pensamientos, porque así podría definirse la sociedad humana; y no, como la del ganado por el hecho de pacer en el mismo prado”. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, ob.cit. IX 9,1170b.11ss.

⁵² “Resulta obvio afirmar, y no debería, en buena lógica, que hubiera necesidad de hacerlo, que no es biología, ni la moral, ni la capacidad intelectual, lo que ha determinado las limitaciones que han padecido las mujeres en la sociedad romana –y, ciertamente, en las sociedades de todas las civilizaciones, hasta prácticamente la segunda mitad del siglo XX, en el denominado “primer mundo”, sino que ello obedece a razones culturales o sociales que en el mundo romano se derivan de la concepción patriarcal de la familia, que progresivamente atenuada del propio Derecho Romano, ha subsistido prácticamente casi hasta nuestros días, así como a otras variadas pseudorazones, algunas de las cuales obedece a las coordenadas mentales de la época, como la necesidad de protección de la mujer y otras, producen solo sonrojo, somática o su volubilidad de juicio”. Fernández de Buján A., *Derecho privado romano.*, ob.cit., p.51.

polis o de la *civitas* en sentido pleno. Asimismo su capacidad de obrar estuvo en mayor o en menor medida mediatizada por el poder del hombre, sometidas de por vida -con matices- a la tutela de un varón. Aristóteles, basándose en la pasividad de la mujer en la reproducción, justifica su sometimiento social y jurídico en que el macho es más apto para el mando que la hembra, exceptuando algunos casos contra natura y por consiguiente, es necesario que ésta sea tutelada⁵³.

Todos estos colectivos, al igual que las personas con discapacidad, verán limitadas sus capacidades, al no poder cumplir con el status sociopolítico exigido por la época. Quedarán ubicados en un lugar de dependencia y verán vulnerados sus derechos y autonomía.

En la actualidad esta situación no ha variado completamente. La expresión “estado civil” de las personas tiene un claro resabio del Derecho romano. En consecuencia, la plenitud de estos tres estados civiles (*status libertatis*, *status civitatis*, y *status familiae*) determinaba la plena capacidad jurídica del individuo, de modo que la carencia de alguno de ellos limitaba la capacidad de obrar y también la plena consideración como sujeto de derecho.

Este sentido histórico del “estado civil” no puede aplicarse en el mundo moderno, en que la condición de sujeto de derecho viene atribuida a todo ser humano por el hecho de su nacimiento y donde el principio de igualdad impide atribuir distinto trato a los seres humanos cuando las situaciones en las que puedan encontrarse sean idénticas.

En el devenir de la historia el concepto primigenio de estado civil, sabido es que se vinculaba a la pertenencia de una clase determinada, y a la noción de discriminación admitida por el ordenamiento. A medida que evoluciona la sociedad y los principios en torno a la configuración de la persona, “se sustituye la noción de clase por la justificación de la discriminación en otros datos que merecen relevancia y, en especial, a lo largo del siglo XX se pone el acento en la manera que el dato personal afecta, en el sentido de que gradúa la capacidad de la persona”⁵⁴.

⁵³ Aristóteles: *Política*, ob.cit. 1254 b 5

⁵⁴ Como es sabido, a partir fundamentalmente de la revolución francesa (la caída del antiguo régimen) y de la abolición de la esclavitud, la doctrina de manera unánime, ciñó el concepto de estado civil a las situaciones personales que repercuten o determinan la capacidad de obrar de la persona, donde se incluye el grueso más importante y aquellas que definen su posición en la sociedad (fundamentalmente, la nacionalidad y la vecindad). Ver. Hualde, J.J., *Manual de derecho civil*, introducción y derechos de la persona (Puig Ferrol, L

2. MODELO PATERNALISTA

Este modelo asume en la historia límites a la capacidad. No obstante los límites plantean problemas de justificación. Es un modelo, herencia de la sociedad patriarcal romana que pervive hasta hoy en nuestro Ordenamiento jurídico, y, que sirve de base para comprender el tratamiento desigual al que han sido sometidas las personas con discapacidad en el ámbito de la capacidad y como consecuencia de ello, la vulneración a sus derechos. En este modelo podríamos decir que se da la universalización de una categoría de ser humano que en la práctica dista mucho de experimentar una condición universal.

Como en el modelo anterior, aquí también analizaré cada uno de los ámbitos en los que se justifica este tratamiento.

Este modelo asume en la historia límites a la capacidad. No obstante los límites plantean problemas de justificación. Es un modelo, herencia de la sociedad patriarcal romana que pervive hasta hoy en nuestro Ordenamiento jurídico, y, que sirve de base para comprender el tratamiento desigual al que han sido sometidas las personas con discapacidad en el ámbito de la capacidad y como consecuencia de ello, la vulneración a sus derechos. En este modelo podríamos decir que se da la universalización de una categoría de ser humano que en la práctica dista mucho de experimentar una condición universal

Como en el modelo anterior, aquí también analizaré cada uno de los ámbitos en los que se justifica este tratamiento.

2.1. Justificación socio-cultural

Con los inicios de la modernidad la tradicional concepción griego-cristiana del mundo se verá trastocada. Se erigirá la glorificación de la categoría de trabajo en núcleo fundamental sobre el que gira la totalidad de la vida social, identificando *labor* con *trabajo*,

Gete-Alonso, M.C., Rodríguez, J., tomo I (3º edición) , Madrid-Barcelona, 2001 , p, 134 y ss. En *condición civil de la persona y género*, Gete-Alonso, M.C., en actualidad civil, nº11, Ed. Aranzadí, 2008, Madrid, p. 1096.

promoviendo una mentalidad productivita que proscribía otras facetas del ser humano que extralimitan el orden de lo estrictamente productivo. A diferencia del mundo clásico y del cristianismo, en donde se perseguía un ideal de inmortalidad terrena o transcendente, “la modernidad implanta la *mitología* del progreso como rumbo unidireccional que guía la significación del proceso histórico. La consideración de las cosas se desplaza a una conversión en objeto al servicio de la producción. Y en esto radicaría, esencialmente, la esencia del mundo moderno: la soberanía de un sujeto prometeico que se relaciona con la naturaleza desde una actitud exclusivamente instrumental, utilitaria y productiva”⁵⁵.

El descrédito del ideal de inmortalidad griego y cristiano conduce, finalmente, a que la vida quede desprovista de otro valor que no sea el de un mero proceso biológico condenado a una inerte reproducción vital. En este contexto, el trabajo se convierte en la expresión consagrada de los derroteros adoptados por una modernidad que, a través de una sacralización absoluta de la vida, gesta un ciego proceso histórico sin otro destino que una vida carente de significación⁵⁶.

La *filosofía del progreso*, cuya constitución anteriormente mencionábamos, se materializaría en un absoluto organigrama tecno-productivo que domina la vida social: el trabajo se constituye en origen de la deshumanización del individuo. A partir de entonces, las diferentes esferas de la vida social pasan a estar regidas por los principios de utilidad, rendimiento y beneficio. Al mismo tiempo además, “la industrialización del mundo incide en los diferentes espacios en los que se desenvuelve la vida del individuo. Ahora, en favor de la productividad, se edifica una gestión y planificación completa de la existencia a la que deben plegarse obligatoriamente las subjetividades sociales. Esta organización racional del trabajo se impone como un género de coerción sobre la vida de la persona”⁵⁷.

En este contexto aparecerán nuevos excluidos y los que lo han sido históricamente, como es el caso de las personas con discapacidad, permanecerán en el grupo de los débiles e inferiores, al no poder adaptarse ahora, a las nuevas exigencias del mercado laboral. Además con los cambios producidos en “la revolución industrial, y el inicio de la feroz competencia entre todos, pusieron en peligro la supervivencia de los “débiles” y con ello el

⁵⁵ Carretero, Enrique: *Reacciones a la modernidad. Una lectura de las respuestas de lo social al ejercicio del poder*. En <http://www.ucm.es/info/eurotheo/nomadas>. p.2. Consultada 14/02/2010.

⁵⁶ Arendt, H., *La condición humana*, ob. cit. p. 344 y 345.

⁵⁷ Carretero, E., *Reacciones a la modernidad. Una lectura de las respuestas de lo social al ejercicio del poder*, ob. cit. p 2.

reconocimiento de su propia dignidad. Con el advenimiento de la sociedad capitalista, surge la exclusión económica y social”⁵⁸.

Como resultado de esta exclusión, la discapacidad adquirió una forma determinada: un problema individual que requería tratamiento médico. Continuando con los cambios de sistema económico, “la transición hacia el último capitalismo (la sociedad postindustrial, como la han llamado algunos autores, o su manifestación de moda más reciente, el post modernismo) ha llevado a las exigencias de integración de aquellos que anteriormente habían estado excluidos. Dado que estas personas no podían integrarse en el mercado de trabajo, debían ser controladas. Esto se hizo mediante una variedad de instituciones especialistas cuyo objetivo manifiesto era ofrecer, más que castigo tratamiento o cobijo”⁵⁹.

El siglo XIX constituye la “era del progreso”, asistimos también a una época de grandes avances en la medicina y a la consolidación de la psiquiatría como la ciencia y especialidad médica a fines de este siglo. Este progreso influye directamente en el ámbito de la discapacidad, donde se produce “un creciente interés por el estudio de la “deficiencia mental”, que se traduce en cuantiosos e importantes avances en su comprensión, mas e concreto, en descripción, calificación e identificación de formas clínicas asociadas, con una diferenciación clara entre deficiencia y enfermedad mental, el reconocimiento incipiente de los problemas de los discapacitados físicos, la continuación de la escolarización de los sensoriales y perfeccionamiento de los tratamientos aportados por la sordomudística española, la preocupación por la asistencia física y pedagógica y la mejora de la calidad de los servicios residenciales para todos los deficientes, tema en que los gobiernos asumen crecientes responsabilidades, y finalmente, la creación y desarrollo de la educación especial”⁶⁰.

Como se puede ver, asistimos aquí a un cambio de paradigma de la discapacidad. Las causas que la originan, ya no son religiosas, sino científicas. Ya no se trata de seres diabólicos ni malignos, sino enfermos que deben ser apartados para su curación. Comienza a construirse el modelo rehabilitador de discapacidad: “las personas con discapacidad ya no son consideradas inútiles o innecesarias, pero siempre en la medida en que sean

⁵⁸ De la Torre, J, y Marín, J., *Autonomía personal y atención a la dependencia*, Ed. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2009 p.74.

⁵⁹ Barton, L., *Discapacidad y sociedad*, en capítulo II: *Una sociología de la discapacidad o una sociología discapacitada*, de Mike Oliver, Ed. Morata, y Fundación Paideia 1998, a Coruña, p.44.

⁶⁰ Aguado, A., *Historia de las deficiencias*, ob.cit., p, 117.

rehabilitadas. Es por ello que el fin primordial que se persigue desde este modelo es *normalizar* a las personas con discapacidad, aunque aquello implique forjar a la desaparición o el ocultamiento de la diferencia que la misma discapacidad representa”⁶¹.

Es la persona con discapacidad la que debe realizar esfuerzos por acercarse a su medio, la que debe lograr ser igual a las “personas normales”, recuperándose de su “enfermedad”. Este principio de *normalización* “comienza a tener una importante presencia en la formulación de políticas de intervención sobre la discapacidad y comienza a hablarse de *integración*, primero en el ámbito escolar (*todos los niños tienen derecho a asistir a la escuela ordinaria de su localidad, sin posible exclusión*) para extenderse rápidamente a todas las parcelas: se comenzará a hablar de integración social o integración laboral”⁶². Apreciamos que en este modelo, es la persona quien debe adecuarse, sobre quien recaerá el peso de la normalización.

Según lo observado hasta ahora, muchos han sido los roles sociales y los conceptos que se han manejado alrededor de las personas discapacitadas en las diferentes sociedades y culturas, sin embargo en la gran mayoría de los casos, no han sido justas ni favorables e incluso la exclusión social se ha exacerbado durante algunas épocas. Particularmente en esta etapa, asistimos a la exclusión sistemática de las personas con discapacidad, que ya no son eliminadas como en la antigüedad pero sí apartadas de la sociedad, para su recuperación. En cuanto a los tratamientos “el siglo XIX y la primera mitad del XX constituyen la era de las *instituciones asistenciales*. Se produce la *expansión institucional*, es decir se va introduciendo la idea y la práctica de educar a grupos de deficientes en una institución, combinando el tratamiento médico y la educación. A fines del siglo XIX existe una red de instituciones diseminada por todo el continente europeo y por toda Norteamérica”⁶³.

En definitiva, la modernidad ha erigido una categoría, de *individuo*, portador de unos privilegios “éticos derivados de su particular constitución política que (y esto es lo que se oculta en las enunciaciones de la misma) ha de ser portadora de un determinado estándar

⁶¹ Palacios, A. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Ed. Cinca, colección Cermi, Madrid, 2008, p. 26.

⁶² García Egea C. y Sánchez Sarabia A, *Visión y modelos conceptuales de la discapacidad*, en <http://usuarios.discapnet.es/disweb2000/art/VisionDis.pdf>. Consultada 20/02/2010

⁶³ Aguado, A., *Historia de las deficiencias*. ob.cit. p. 127

corporal. Toda persona que, por herencia o adquisición, se instale en un cuerpo, una corporalidad, no acorde con el estándar reconocido como adecuado, legítimo, verá mermadas sus posibilidades de realización”⁶⁴.

Esta estandarización “institucionalizada” es condescendiente con la discriminación que sufren las personas con discapacidad, al no poder ejercer sus derechos y deberes con la misma amplitud y libertad que el resto de personas. Todavía “su existencia cotidiana está supeditada a concesiones forzadas por sentimientos de lástima o paternalismo, como si se les concediera una existencia a la que, de por sí, no tuvieran, en el fondo, “derecho”. Dentro del colectivo se levantan voces que reivindican el reconocimiento de su derecho a decidir, un derecho que implica un compromiso cívico y político según el cual se les provea de las facilidades adicionales que necesitan para que sus decisiones, sus propias decisiones, puedan ser llevadas efectivamente a la práctica. No se trata de ayudarles por lástima o compadecimiento, sino porque con ello se está cumpliendo con un derecho que, como personas, tienen y no se les reconoce”⁶⁵.

La discapacidad, sobre todo en su vertiente de enfermedad mental, viene sufriendo de manera directa y con enorme crudeza una exclusión innata de la mayoría dominante de la sociedad, quizás incluso soportada por proteccionismo bien intencionado y por actitudes paternalistas como la única medicina que concebimos para su solución definitiva. En consecuencia, “las respuestas sociales se basan en una actitud paternalista, centrada en los déficit de las personas que (se considera) tiene menos valor que el resto (las válidas o capaces). En lo relativo a los modos de subsistencia, la apelación a la seguridad social y al empleo protegido son casi los medios obligados para las personas con discapacidad”⁶⁶

Las personas con discapacidad viven en una situación de especial vulnerabilidad en lo que al ejercicio de sus derechos humanos atañe. Y estos derechos “se relacionan con cuestiones que tienen que ver con la institucionalización “por motivo de discapacidad”, la privación de libertad “por motivo de discapacidad”, las esterilizaciones forzosas “por motivo de discapacidad”, la falta de garantías de los experimentos médicos o científicos “por motivos de discapacidad”, los tratamientos forzosos “por motivo de discapacidad”, y violaciones a la integridad “por motivos de discapacidad” y restricciones en el ejercicio de

⁶⁴ Ferreira, M.A., “Modernidad, individuo y diversidad funcional: Una infundamentación ética”. En “Intersticios” *Revista Sociológica de Pensamiento crítico*, ob.cit., p.12

⁶⁵ Ídem, p.11.

⁶⁶ Palacios, Agustina: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, ob. cit. p. 67.

la maternidad, la paternidad y el matrimonio “por motivo de discapacidad”, entre otras tantas violaciones de los derechos”⁶⁷.

En este contexto, donde se ha establecido un parámetro de normalidad, relacionado a la capacidad de producción, asociada a su vez íntimamente a la capacidad de razón y volición, tanto las personas con discapacidad como cualquier sujeto que no cumpla con los requisitos exigidos, verá vulnerados sus derechos y quedará excluido del sistema.

2.2. Justificación ética

El tránsito a la modernidad, está acompañado por el movimiento ilustrado, en donde el iluminismo pretende que el ser humano brille con luz propia. Es el siglo (XVIII), de la devolución de luz al hombre, así como su dignidad propia. Diremos que en su origen la dignidad humana no es un concepto jurídico, sino más bien una construcción de la filosofía, que surge con este movimiento. Debemos afirmar, que “este concepto es propio del mundo moderno, para expresar el valor intrínseco de la persona derivada de una serie de rasgos de identificación que la hacen única e irrepetible, que es el centro del mundo, y centrada en el mundo”⁶⁸.

En esta transición a la modernidad se produce un punto de inflexión en el desarrollo ético-jurídico, que influirá en la construcción del concepto de capacidad. Es así, como la propia teoría de los derechos humanos, se ha fundado sobre un individuo, que tiene capacidad para razonar capacidad para sentir, y capacidad para comunicar. Para entender esta justificación primero que todo será necesario realizar una breve reflexión sobre los términos de persona y dignidad.

El concepto de persona tiene diferentes perspectivas y diferentes modos de entenderse. Con suficiente reiteración los especialistas en la materia han hablado de un concepto vulgar, otro filosófico y otro jurídico. A nosotros nos interesa este último fundamentalmente. Ahora bien, la persona es una realidad natural, dice Ramos Chaparro, “de fuerte connotación ética, constatada históricamente, previa al concepto jurídico, con existencia propia y determinante de la posterior conceptualización jurídica”⁶⁹.

⁶⁷ Slavin P.E. y Barrifí. F., *Retos actuales de los Derechos humanos*, Ed. Suarez, Madrid, 2009. p 137.

⁶⁸ Peces-Barba G., *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho* ob. cit, p. 68

⁶⁹ Adroher Biosca, S, *Discapacidad e integración: familia, trabajo y sociedad*, Ed. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004, p. 72 y 73.

A lo largo de la historia se han ido forjando una serie de conceptualizaciones de la persona que han tenido mucho que ver con las corrientes filosóficas imperantes. El significado de “persona”, de su equivalente griego: “prosopon y sus derivaciones modernas, han sido objeto de indeterminables controversias. La expresión “persona” no es exclusiva del discurso jurídico: procede de campos muy alejados del Derecho”. La etimología ha sido claramente establecida”⁷⁰. La locución latina “persona” deriva de personare, su significado originario fue el de “mascara”: designaba una careta que cubría la cara del actor cuando recitaba en una escena. El propósito de la máscara era hacer la voz del actor vibrante y sonora. Las mascarar, por razones escénicas, fueron diferentes, dependiendo del papel que se representaba⁷¹. Con la conocida expresión *dramatis personae* se designaba a las mascarar que habían de ser usadas en el drama. Probablemente en este sentido era ya metafórico y persona significaba las “partes”, los “papeles”, que habrían de hacerse en la obra⁷².

El significado dramático de persona penetró en la vida social; se aplica a todas las “partes” (dramática) que el hombre hace en la “escena” de la vida. Así como el actor en el drama representa una parte dramática, los individuos en la vida social, “representan” o desarrollan un “papel social”⁷³.

Un elemento perturbador en los usos de “persona” aparece con las reflexiones patrísticas, “ciertos dogmas del cristianismo (e.g. los misterios de la trinidad la encarnación, el corpus místico de la iglesia, etc.) hicieron necesario el uso del término persona: Dios es tres “personas” distintas pero un solo divino, el ente divino se “representa” de tres formas, tiene tres diferencias. Los griegos llamaban a “los entes trinitarios: ypostasis, palabras que los teólogos latinos traducían por persona, el término ya existía, pero al aplicarlo a Dios se hizo necesario darle un nuevo sentido filosófico”⁷⁴. En este sentido persona viene a significar sujeto racional, parte divino, parte humano”. En la edad media y en la época moderna persona conservó su significado místico⁷⁵. En la edad media, el cristianismo otorgará al hombre una singularidad primordial, derivada de su condición infinita e inabarcable a la imagen y semejanza de dios. Pero, “esa dignidad propia no derivará de un

⁷⁰ Tamayo y Salmorán R., “Sujeto de derecho”, ob. cit. p.170

⁷¹ Ídem.

⁷² Ídem.

⁷³ Ídem.

⁷⁴ Ídem, p.171.

⁷⁵ Ídem.

merito propio, ni de su posición social, ni se empaña por su estatuto de pecador, no será una dignidad propia si no derivada de la imagen de Dios, proyectada sobre las criaturas”⁷⁶.

La concepción filosófica que llegará hasta nuestros días está contenida en el pensamiento de Immanuel Kant. Éste recoge la tradición teológica donde *persona* tiene un valor incondicional, absoluto; es fin en sí misma, en suma: “sujeto trascendente”. Esta característica convierte a la persona en sujeto moral, objeto de predicación moral. El ser humano para Kant es persona en virtud de su racionalidad y autonomía (libertad)⁷⁷.

La concepción Kantiana de persona “se introdujo en el mundo jurídico: la persona es un ente dotado de razón y voluntad libre. Una peculiaridad del concepto de persona, la cual se refleja en los usos jurídicos de la expresión, se advierte, sobre todo, en las propiedades que persistentemente se le adscriben: aptitud o capacidad moral, racionalidad, autonomía o dignidad; todas propiedades no empíricas”⁷⁸. Dichas propiedades no se refieren a algo “biológicamente dado; no son como los predicados “bípedo o mamífero”. Las cualidades de una persona son cualidades morales (dignidad, capacidad, libertad), no propiedades empíricamente verificables. Persona implica status, posición, función, cualidad”⁷⁹.

Cabe hacer notar que una persona jurídica no siempre actúa: basta con que tenga la posibilidad de hacerlo; es suficiente con que tenga la aptitud de realizar actos jurídicos (celebrar contratos, testar, comparecer en juicio, etc.). Ser persona, consecuentemente, es una cualidad o atributo jurídico; poder celebrar actos jurídicos.

Este tratamiento viene fundamentado porque “el ideal de dignidad humana va asociado con el modelo de ser humano ilustrado, caracterizado por la posesión de una serie de rasgos asociados a patrones estéticos y éticos. El modelo de ser humano de la ilustración se apoyaba en patrones basados en la perfección (esto no era una novedad), la cual estaba puesta al servicio del logro de diferentes ideales que se lograban mediante la idealización de esos patrones. Así, la idea de dignidad humana, en ese contexto, se apoyó en un ser

⁷⁶ Peces-Barba, G, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, ob. cit. p. 27.

⁷⁷ Kant, I., *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*, trad, M.García, Ed, Encuentro “opúsculo philishopia”, N° 18, Madrid, 2003.

⁷⁸ Esquivel, J., *La persona Jurídica*, en *Conceptos dogmáticos y teoría del derecho*, México, UNAM, 1979, p. 34-35.

⁷⁹ Ídem.

caracterizado por la capacidad y por el desempeño de un determinado papel social. Y ello se trasladó a la concepción de los derechos”⁸⁰.

Este modelo de individuo moderno, es el que va a participar en el discurso de los derechos, “es ese modelo el que constituye (el que ha constituido tradicionalmente) el prototipo del agente moral, esto es, el prototipo del sujeto capacitado para participar en la discusión moral. La proyección de ese modelo en el contexto moral, implica orientar esas capacidades hacia la cuestión moral, que no es otra que el logro de la felicidad o, si se prefiere, el logro de un plan de vida. Es esto a lo que solemos denominar como “capacidad” moral, siendo también un rasgo identificador de los individuos, como agentes morales”⁸¹.

Esto significa que hablar de un sujeto moral supone considerar a hombres y mujeres como elementos esenciales del discurso moral, como sujetos racionales capaces de elaborar y proponer planes de vida y de llevarlos a la práctica.⁸² Sin embargo, esta situación no se presenta y no se ha presentado claramente, en colectivos que han sido discriminados hasta ahora, por carecer de autonomía, o simplemente porque la sociedad patriarcal las ha sometido a una “inmovilidad” desde el punto de vista de la capacidad, nos referimos a las mujeres y las personas con discapacidad. Este escenario, ha permanecido a través del tiempo, debido a que, “la idea de dignidad humana, claramente en el mundo antiguo pero igualmente en el moderno, suele relacionarse con el papel social que las personas cumplen en razón de su “productividad”. Es por ello que la idea de capacidad sirve en la medida en que los individuos sean “útiles” para la sociedad y, en la medida en que es posible obtener ciertos frutos sociales desde la actuación de las personas. Ciertamente, en el mundo moderno, se ha disminuido de alguna forma la radicalidad de esa afirmación, sobre todo a partir de la idea de que las personas no deben ser tratadas como medios sino como fines. A pesar de ello todavía, seguimos de alguna manera valorando a las personas utilizando esos referentes”⁸³.

Con frecuencia “la tesis universalista de derechos se fundamenta afirmando que todos los seres humanos están dotados de razón y voluntad. Sin embargo, esta afirmación es empíricamente falsa. Para salvar esta conclusión (empíricamente insuperable), la dogmática

⁸⁰ De Asís, R., *Derechos humanos y discapacidad. algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos* en, “Igualdad no discriminación y discapacidad” Jiménez, E., Ed. Dykynson, 2006, Buenos Aires, p.32-33.

⁸¹ Ídem.

⁸² Ídem, p.36

⁸³ Ídem, p. 33

se refugia en una diferencia conceptual: distingue entre capacidad jurídica y capacidad de ejercicio. De esta manera, los psíquica e intelectualmente incapaces, aunque careciendo de capacidad de ejercicio, conservarían la capacidad jurídica”⁸⁴.

Es en este grupo (los no dotados de razón y/o voluntad ya sea de manera permanente o transitoria), donde se torna interesante reflexionar acerca de las medidas paternalistas que se implementan actualmente, ya que no resulta tan sencillo determinar que personas deben estar sujetas a medidas paternalistas (quien es, como veremos más adelante “incompetente básico”) y esto es primordial para la justificación de dichas medidas.

Diremos en este sentido que el aspecto más problemático de su justificación, lo constituye, sin duda la idea de incapacidad (en este apartado se utilizarán los conceptos de incompetentes e incapaces en el mismo sentido). Así, “el elemento básico para justificar las normas jurídicas y políticas públicas paternalistas es que esté presente una premisa fáctica: que la persona destinataria de la norma o de la política pública pueda ser considerada como incompetente básico a la hora de tomar sus decisiones”⁸⁵.

Sería interesante distinguir entre la función que cumple la noción de capacidad, su definición, los estándares de capacidad y la pruebas para establecer la capacidad. La función de los juicios de capacidad es distinguir entre las personas cuyas decisiones auto-referentes deben ser respetadas (capaces) y las personas cuyas decisiones pueden no ser respetadas (incapaces). Con respecto a la definición de capacidad, Garzón Valdes, afirma que consiste en “capacidad para tomar una decisión racional”. La capacidad relevante a los efectos de la justificación del paternalismo es una noción de todo o nada. Este autor, junto a Daniel Wikler parten del concepto de “capacidad básica” es decir serían capaces todos aquellos que tienen la capacidad mínima necesarias para afrontar las tareas y desafíos que plantea la consecución del bienestar individual⁸⁶.

La incapacidad de un sujeto debe poder determinarse con independencia del contenido de su decisión, de ahí que se exija que la capacidad se determine por medio de un test independiente que evalúa las capacidades de los individuos para tomar ciertas

⁸⁴ Tamayo y Salmorán R, “Sujetos de Derecho” ob. cit. p. 92 y 93.

⁸⁵ Garzón Valdes, E., “Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?” *Doxa* núm., 5. *Revista de filosofía del derecho*. 1988, p. 168.

⁸⁶ Wilkler, D., *Paternalism and the Mildly Retarded*, en Sartorius, R., en R, Sartorius (Ed.) *Paternalism*, Minneapolis: University of Minnesota press, 1983,p. 79.

decisiones. Entonces, “a partir de esta caracterización general de la noción de capacidad básica, lo más importante es determinar qué tipo de factores pueden interferir con la misma.

Una primera clasificación de estos factores resultaría de aplicar una doble distinción: (i) factores de incapacidad que afectan a aspectos cognitivos o volitivos y (ii) factores de incapacidad que son consecuencia de elementos externos e internos”⁸⁷.

Según Alemany, al entrecruzar estas dos distinciones obtendríamos los siguientes tipos de incapacidad:

	<i>Origen interno</i>	<i>Origen externo</i>
<i>Aspectos cognitivos</i>	<i>I</i>	<i>III</i>
<i>Aspectos volitivos</i>	<i>II</i>	<i>IV</i>

Entonces, “en un sentido estricto de incapacidad (que es el utilizado por los Civilistas), ésta se refiere únicamente a I y II, es decir a aquello que puede considerarse un estado o condición del sujeto (permanente o transitoria) que afecta a la capacidad de un individuo para tomar decisiones racionales, en ausencia de una causa externa que esté produciendo esos mismos efectos”⁸⁸.

Así, se presupone que las personas que se encuentran en esta categoría como pueden ser; “menores de edad, los incapacitados legalmente, las personas con discapacidad psíquica o las personas que padecen ciertas enfermedades o se encuentran en una determinada situación clínica, carecen de ciertas capacidades cognitivas y/o emocionales que limitan su competencia para decidir acerca de que es lo mejor para ellas, o de qué manera proteger mejor sus intereses, y, por tal, motivo, requieren que alguien supla dicha carencia”.⁸⁹ Estas personas no pueden ejercer su autonomía porque no pueden tomar decisiones al ser incapaces de prever las consecuencias de sus acciones; están a merced de sus impulsos o no son capaces de limitar sus deseos; tienen poca experiencia como para

⁸⁷ Elster, J., *Uvas amargas: sobre la subversión de la racionalidad*. Ed. Península, Barcelona, 1988. p 30.

⁸⁸ Alemany, M., “El concepto y la justificación del paternalismo”, *Doxa* N°28, *Revista de filosofía del derecho*. 2005, p. 295.

⁸⁹ Dworkin, G., *Paternalism*, en J Betegon y Jr.de Paramo (disc). *Derecho y moral*. Ed. Ariel, Barcelona, 1990, p.61.

conocer sus necesidades reales, habilidades e intereses, o dicha inexperiencia determina que carecen de información en las que basar sus decisiones. En estos casos, la carga de la prueba está del lado de las personas que afirman la competencia⁹⁰.

Las incapacidades tipo III y IV serían incapacidades (básicas) relativas, en el sentido de que la desaparición de la causa externa que interfiere con los aspectos cognitivos o volitivos supone que el individuo recobra la capacidad⁹¹.

Podemos decir entonces, que el principal criterio a la hora de justificar una medida paternalista es la determinación de la incompetencia básica de la persona, “la tarea es pues, esencial si no se desea que se produzcan excesivas intromisiones y limitaciones en la libertad de elección en la autonomía de las personas, o se atribuya la incompetencia de forma arbitraria”⁹². Así, la determinación de los supuestos que van a servir para considerar a una persona como incompetente básico constituirán los meta-criterios para justificar las medidas paternalistas⁹³.

Otro aspecto a tener en cuenta sobre la aplicación de medidas paternalistas es que estas tratan de evitar un daño grave y no fácilmente reversible⁹⁴. La concurrencia del principio de daño, por el cual, en determinadas ocasiones es necesario actuar contra la voluntad o sin el consentimiento del sujeto, interfiriendo pues en su autonomía, lo encontramos como principio justificativo incluso en autores claramente alineados en la noción más radicalmente autonomista de la libertad: Es el caso J.S. Mill, en su conocido ejemplo del amigo que inadvertidamente va a ser arrollado por el tren, o cuando alguien pretende cruzar un puente en mal estado desconociendo este último el extremo⁹⁵, o también en los supuestos en los que la pasividad del sujeto (por ejemplo el enfermo comatoso) exige intervenir para evitar que pierda la vida. La libertad de elección es tan importante que sólo en los casos que reúnan copulativamente estos dos elementos deberá imponerse una medida paternalista.

Sin embargo la medida paternalista supone adoptar las decisiones que las personas posiblemente habrían adoptado si hubieran sido plenamente competentes. Dicha medida

⁹⁰ Alemany, M., *El concepto y la justificación del paternalismo*, ob.cit. p. 295

⁹¹ Ídem.

⁹² Garzón Valdez, E., “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, ob. cit. p. 166

⁹³ Ramiro, M.A., “A vueltas con el paternalismo jurídico”, en *Revista Derechos y libertades* N 15, época II, 2006, p227.

⁹⁴ Alemany, M., *El concepto y la justificación del paternalismo*, ob. cit. p.296.

⁹⁵ Mills J.S., *Sobre la libertad*, Ed. Alianza, Madrid, 1988, p 168.

solo pudiera ser aplicada, y sólo estaría justificada durante el tiempo necesario para corregir el proceso de formación de voluntad, esto es, sólo tiene sentido mientras se mantiene la incompetencia básica. Su objetivo es acabar con la situación de incompetencia básica y una vez que haya logrado dicho objetivo su aplicación debe decaer⁹⁶.

El instrumento utilizado por el derecho para sustituir esta falta de capacidad de obrar de estas personas, a las que la ley estima carentes de las facultades de entender y querer, y a las que se les niega la posibilidad de realizar por sí mismas actos jurídicos es la *representación legal*⁹⁷. En tanto subsista la falta de voluntad, actuará por ellas la persona o personas a la que la ley atribuye la función y el deber de actuar por aquellas: este obra como único autor de la declaración de lo fundamental; en otras palabras el representante legal, forma su propia voluntad sin contar para nada con el representado, ya que este está imposibilitado de actuar al carecer de capacidad de obrar. En esta modalidad de representación, la voluntad de la persona representada es inoperante y el representante actúa no porque el representado le haya conferido su representación, si no porque la ley lo ha designado precisamente para suplir el defecto de voluntad o de capacidad de la persona representada⁹⁸.

Es complejo sustituir a una persona, y además tomar una decisión de conformidad a sus deseos e intereses, siempre habrá un grado de subjetividad en sus actuaciones, es que “somos individualistas, demócratas y relativistas en nuestros pensamientos y no nos sentimos satisfechos si le decimos a un hombre lo que le interesa sin prestar consideración alguna a sus deseos. De todo ello se deduce que la mayor parte de nuestras modernas teorías del interés, si bien tratan con su sentido objetivo de poner algo en juego, introducen un elemento subjetivo”⁹⁹.

Se puede apreciar, que los supuestos de paternalismo que tratan de justificar interferencias en la libertad de interés de otras personas, muestran una dimensión de la doctrina liberal que afirma la vigencia y normatividad, en esos supuestos, como ocurre en

⁹⁶ Dworkin, G., *El paternalismo*, ob. cit. p.64.

⁹⁷ Tradicionalmente, la doctrina ha venido situando la representación dentro del marco de la teoría general del negocio jurídico, como emisión de una declaración de voluntad o conclusión de un negocio jurídico por medio de otra persona. Pero como señala Díez-Picazo, la representación es una figura que comprende toda clase de actos jurídicos, incluso los no negociales, y se sitúa como un supra concepto en la teoría general del Derecho, por lo que es aplicable a todos los campos jurídicos. Ver. En enciclopedia jurídica, <http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/representacion/representacion.htm>. Consultada, 25/06/2010.

⁹⁸ Alemany, M., “El concepto y la justificación del paternalismo”, ob. cit. p.296.

⁹⁹ Pitkin, H. F., *El concepto de representación*, trad. R. Montoro RoMero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (original inglés de 1967). Madrid, 1985.p.174-175

los supuestos de representación, de una concepción de “valor”, de lo que es bueno o conveniente.

Para finalizar, hay que reconocer que el paternalismo presenta problemas, tanto en lo que se refiere al concepto como a la justificación.

Sería interesante pensar el concepto a partir de las distinciones que hacen J. Feinberg¹⁰⁰ y M. Alemany¹⁰¹ entre un *paternalismo fuerte* que considera que la incapacidad es el estado normal de la mayoría de las personas, y un *paternalismo débil* que considera a la capacidad como un estado “excepcional” para todos los individuos, ya sea en el sentido “(i) esencialmente transitorio - como en el caso de los menores o enajenación transitoria-, (ii) excepcional en el sentido de anormal con respecto al funcionamiento anormal de la especie - ejemplo, las enfermedades mentales graves- y (iii) en el sentido de que afectaría las capacidades de los individuos en relación a tareas específicas. Desde la doctrina del paternalismo débil se plantea que estaría justificado que, un individuo A ejerza poder sobre un individuo B para evitar que B lleve acciones u omisiones que le dañan o le suponen un incremento de riesgo de daños siempre y cuando B sea incompetente, sobre una razonable concepción de la incapacidad y que no haya una forma alternativa no paternalista para evitar esos daños”¹⁰².

Otro hecho que justificaría una interferencia paternalista sería la presunción racional de que B prestaría su consentimiento de ser tratado paternalísticamente por A, si no estuviera en una situación de incapacitación básica. Aquí se incluiría al contexto en el que se lleva a cabo la actuación paternalista y que nos lleva a distinguir entre contextos potencialmente cooperativos y contextos potencialmente conflictivos¹⁰³. Según esta distinción, “(i) la familia sería el modelo del paternalismo cooperativo, con mayores posibilidades de que el paternalismo sea genuino (en el sentido genuinamente benevolente) y con una mayor posibilidad de que los intereses de B sean conocidos por A y (ii) el estado sería el modelo del paternalismo conflictivo y donde más difícil sería su justificación”¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Feinberg, J., *Harm to self*, Ed. Oxford University press, N.Y, 1986, p 12.

¹⁰¹ Alemany, M., *El paternalismo jurídico*, ob. cit., p. 393.

¹⁰² Ídem.

¹⁰³ *Cooperative Paternalism versus Conflictful Paternalism*, en Sartorius, Rolf (comp): *Paternalism*, Ed. University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987, p.171.

¹⁰⁴ Alemany, M., *El paternalismo jurídico*, ob. cit. p.394.

Alemaný reflexiona acerca de los comportamientos paternalistas y afirma que estos son siempre moralmente sospechosos¹⁰⁵. Vale la pena mantener esta señal de alarma, y esto es un reconocimiento a la importancia que merece el respeto por la autonomía individual, sin por ello renunciar a enfrentar los conflictos reales que se producen entre la autonomía y el bienestar individual. En este equilibrio de criterios, “habrá que evitar que se produzcan dos importantes errores acerca del paternalismo, creer: en primer lugar, que el paternalismo nunca está justificado y, en segundo lugar, creer que el comportamiento paternalista no necesita justificarse”¹⁰⁶.

Siguiendo al profesor Ramiro Àviles, podemos decir que las medidas paternalistas no siempre suponen que exista una política no democrática limitadora de derechos y libertades fundamentales, por lo tanto sería posible defender la compatibilidad de dichas medidas con el principio de autonomía de la voluntad¹⁰⁷.

2.3. Justificación jurídica

Los conceptos de capacidad jurídica y de capacidad de obrar, pertenecen a la dogmática jurídica moderna que formulada, en buena medida por los Pandectistas alemanes del siglo XIX, tiene su fundamento esencial en las fuentes romanas y en la tradición romanista. Conforme a estos conceptos, propios de la ciencia jurídica europea, la capacidad, en abstracto, inherente a toda persona, para ser sujetos de derechos y obligaciones, se reconoce bajo la denominación de capacidad jurídica, por “contraposición”, la capacidad de obrar se define como la aptitud o idoneidad de la persona para adquirir o ejercitar derechos y asumir obligaciones, o, por referencia a la relación jurídica, como la aptitud o idoneidad para originar o dar vida a las relaciones jurídicas que activa o pasivamente le afecten. En definitiva, la capacidad de obrar es la posibilidad de realizar eficazmente actos jurídicos¹⁰⁸.

La incapacitación es la máxima limitación a la capacidad de obrar de la persona. En el Derecho romano, “al igual que sucede con las grandes categorías generales (elaboradas a partir del siglo XVII), se desconoce como figura a la incapacitación. Sin embargo, ello no

¹⁰⁵ Ídem.

¹⁰⁶ Alemany, M., *Las estrategias de la benevolencia (sobre las relaciones entre paternalismo y la bioética)*. Universidad de Alicante, cuadernos de filosofía del derecho. Doxa 26. Madrid, 2003 p. 792.

¹⁰⁷ Ramiro, M.A. “A vueltas con el paternalismo jurídico”, ob.cit. P. 218.

¹⁰⁸ Fernández de Buján, A, *Derecho privado romano*, ob.cit, p 43.

supone que determinadas condiciones personales de los individuos carezcan de relevancia o sean ignoradas en el ámbito (hoy diríamos) negocial”¹⁰⁹.

Este procedimiento para limitar la capacidad de obrar, si bien ha variado, en su esencia es parecido al que tenemos hoy, “en efecto, al lado de la curatela de los púberes huérfanos, se prevén dos tipos más de curatela especial para los púberes y mayores de edad sui iuris, en orden a la capacidad: la *cura furiosi*, para aquellos que estuvieran en el estado de demencia -a los que se equiparaba a ciertos sordomudos analfabetos-, y la *cura prodigi* para quienes hubieran sido declarados pródigos a consecuencia de haber dilapidado su patrimonio familiar”¹¹⁰.

Ambas curatelas, poseen claro contenido patrimonial, pero se diferencian pues, mientras en el “caso de los locos o dementes se partía de la existencia de la incapacidad natural (por lo menos mientras durase el estado de trastorno mental), en el de los pródigos la merma de capacidad sólo suponía la prohibición de celebrar aquellos negocios que pudieran implicar una disminución patrimonial”¹¹¹. En todo caso el curador del loco y/o sordomudo y del pródigo se distinguen entre sí, y se diferencian, a su vez, del de menor edad púber y –desde luego– del tutor.

Este mismo sistema y esta misma configuración es la que, pervivirá hasta la codificación Civil. La incapacitación, por ejemplo en España en el Código civil de 1889, (art.199 y ss. Del código civil español, en adelante C.C.) no aparece como figura independiente¹¹². La discapacidad no se define por sí misma sino en función del efecto -la institución de la tutela-, con lo que aquélla se desdibuja; y más cuando se unifica -a nivel de regulación- con la tutela del menor de edad. Diremos entonces al respecto de que no hay, propiamente incapacitación sino, como muy gráficamente rezaba el artículo 32.2 del CC, derogado, “restricciones de la personalidad jurídica” cuya más importante manifestación es la tutela.

Los intereses protegidos mediante la incapacitación en ningún caso eran los mismos por responder a postulados diversos. Debemos aclarar que “en la locura (demencia e imbecilidad) el interés protegido era el propio “incapaz” sobre la base de su falta de

¹⁰⁹ Ídem.

¹¹⁰ Jors, W y Kunkel, P., *Derecho privado romano*, ob,cit., p. 127

¹¹¹ Ídem.

¹¹² Gete-Alonso, M.C, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Ed. Civitas, Madrid, 1985, p.169.

capacidad natural; en la prodigalidad los de la familia (cónyuge y herederos forzosos) del pródigo; y en la interdicción destacaba, sobre todo su carácter de pena”¹¹³.

Para contextualizar el tratamiento de la capacidad desde la visión paternalista, en la actualidad, a modo de ejemplo, veremos brevemente el panorama general que se presenta en este ámbito en el ordenamiento jurídico español.

En este sentido, la ley de 24 de octubre de 1983 supuso un importante cambio en “la consideración jurídica de la discapacidad en general, y en concreto en el tema de la incapacitación. Ésta supone uno de los estados civiles reconocidos en el ordenamiento jurídico español. Es necesario precisar que la nueva regulación en materia de capacidad (cfr, leyes 13/05/1981; 7/07/1981 y 24 / 10/ 1983), se encuentran influida por los principios de igualdad de trato jurídico (art.14 de la constitución española) y libertad (art.17 de la constitución española) y la incapacitación frente a ellos, es el máximo límite que puede sufrir la capacidad de obrar de la persona, e incluso puede recortar el ámbito de su libertad personal (piénsese en la posibilidad de internamiento del incapaz, art.211 del código civil español, en adelante C.C)”¹¹⁴.

Con estas modificaciones, se ha producido un “cambio de presupuestos, la incapacitación tiene como única finalidad la de protección de la persona; y se justifica y sustenta en la deficiencia y ausencia de la capacidad de discernimiento (entender y querer) (art 287 infine del CC) como regla general”¹¹⁵.

El legislador de 1983, ha vuelto, en cierta medida a la concepción anterior a la codificación en cuanto al modo de fijación de las situaciones personales (estados civiles) que se definen en función de la capacidad natural.

Ahora la incapacitación, si bien debe declararse en un procedimiento judicial (hoy unificado: juicio ordinario de menor cuantía. Disposición adicional de la ley, art.484.2 de ley de enjuiciamiento civil, en adelante LEC.), como en la legislación anterior, no es algo heterogéneo en donde se mezclan: una presumible falta de capacidad natural predicada solo en relación a determinadas enfermedades o deficiencias físicas y psíquicas (locura o sordomudez) “fuera de las que no cabe hablar de incapacidad natural, y conductas sancionadas bien por su contrariedad a los intereses familiares (prodigalidad) o generales

¹¹³ Ídem., p. 182 y 183.

¹¹⁴ Ídem.

¹¹⁵ Ídem.

(pena de interdicción); al contrario, es algo homogéneo establecido, inicialmente, bajo la idea de protección al individuo (art.215 C.C.)”¹¹⁶.

Y la incapacitación es además, susceptible de modificación cuando sobrevengan nuevas circunstancias que afecten al grado de discernimiento del “incapaz” (arts. 212 y 287 C.C). Todo ello porque a -pesar de que algún aspecto se siga articulando la incapacitación sobre la base de la tutela- lo esencial, ahora, no es la potestad a la que queda sometido el incapaz, sino su protección y la presencia o ausencia de capacidad natural que son las que las justifican¹¹⁷.

Las causas de la incapacitación están señaladas en el artículo 200 del C.C, que nuevamente predica del hecho visible y productor: “enfermedades o deficiencias persistentes”; pero -evidentemente- debe de entenderse referido a la capacidad natural y a la facultad de autogobierno¹¹⁸.

La persistencia indica un mínimo de duración o continuidad, probable, en el tiempo, de la incapacidad. En cierto modo la idea también se recoge en el art. 201 del CC, cuando establece que la incapacitación del menor de edad en previsión de que la “causa” persiste luego de alcanzada la mayoría de edad.

Con la exigencia de persistencia se excluye, no el que pueda desaparecer (lo que hoy se prevé, art. 212 C.C) en un tiempo más o menos largo; sino los estados o situaciones de corta duración (enajenación mental transitoria, estados hipnóticos temporales, depresiones anímicas provocadas por stress, etc.).

El artículo 200 del C.C, habla de “enfermedades o deficiencias persistentes psíquica o físicas”; pues bien, ciertamente que la enfermedad o deficiencia de carácter psíquico revelan- casi en la mayoría de los casos- una insuficiencia de juicio o discernimiento para “gobernarse por sí misma” en la persona que las padece, y autorizan la incapacitación. Por tanto, la enfermedad o defecto físicos, por si solos, aparentemente no deben producir en el sistema civil español una incapacidad general. A salvo del “supuesto de la sordomudez que además debía de presentarse acompañado del acto de no saber leer ni escribir (artículo 200.2 CC, derogado), a lo más a lo que llegaba y llega el defecto y enfermedad física era bien al acoplamiento de la normativa de ciertas instituciones (así el testamento del ciego o

¹¹⁶ Ídem, p.176.

¹¹⁷ Ídem.

¹¹⁸ Ídem.

del sordo: art.697 CC)”¹¹⁹. Subrayar que, la enfermedad o deficiencia física, no siempre por sí sola implica ni la falta de discernimiento, ni ineptitud para el autogobierno. Desde luego, al contrario de lo que sucede con las enfermedades de orden psíquico no la presuponen inicialmente¹²⁰. Entonces ¿qué es la capacidad “natural” y por qué razón ha de tener mayor relevancia en este colectivo (discapacitados mentales) que en otros de discapacitados, tal y como acabamos de afirmar?¹²¹ .

En relación con el concepto, debe decirse que en diversos textos legales se hace referencia al “incapaz”, aludiéndose a una situación frecuentemente equívoca, pero en la que queda claro que el legislador no está haciendo mención a la situación de incapacitación judicial, sino a una situación de incapacidad que podríamos denominar “natural” y que se refiere a una falta de autogobierno natural no declarada judicialmente, pero, que tiene, no obstante, notable relevancia jurídica. Así sucede, por ejemplo, en el procedimiento de incapacitación regulado en la ley de enjuiciamiento civil (LEC en adelante), en que se alude reiteradamente a la figura del “presunto incapaz”¹²² .

La relevancia jurídica del concepto aludido - capacidad/incapacidad “natural”- no se reduce al papel en el proceso de incapacitación, sino que se extiende a todos aquellos supuestos en los que la ley quiere que se observe la capacidad de autogobierno de la persona en un momento concreto y ello con independencia de que pueda encontrarse en situación de incapacitación judicialmente declarada. Así se observa en diversas disposiciones contenidas en el C.C.: tal como sucede en el procedimiento de jurisdicción voluntaria de remoción del tutor contemplado en el art. 248 C.C, en el que se prevé un trámite de audiencia al tutelado, pero sólo si éste “tuviese suficiente juicio”. En otras ocasiones la ley se refiere a esta misma situación de discapacidad a través de fórmulas, como sucede en el art. 663 C.C, que señala como incapacitados para testar a los menores de catorce años a quienes “habitual o accidentalmente no se hallaren en su cabal juicio”.

¹¹⁹ Ídem, p. 200.

¹²⁰ Ídem.

¹²¹ Ídem.

¹²² En referencia a la situación jurídica en que se encuentra el que es sometido a un proceso de incapacitación y todavía no ha recaído sentencia. En dicho proceso – en el que la misión del juez no es comprobar que el presunto incapaz este enfermo , si no formar juicio precisamente acerca de su incapacidad/incapacidad natural – este concepto resulta fundamental para la determinación de la aptitud del presunto incapaz para comparecer en el proceso con su propia defensa y representación, de tal manera que cuando la situación de enfermedad mental le impide o dificulta su personación, entran en funcionamiento los mecanismos de representación supletorios establecidos en el art. 758 LEC, es decir, la defensa será ejercida entonces por el (ministerio fiscal (M.F.) o en su caso por el defensor judicial nombrado al efecto. Piedad González Granada. “*Régimen jurídico de protección de la discapacidad por enfermedad mental*”, Ed. Reus S.A. Madrid, 2009, p. 23.

De ahí que la nota a destacar en las causas actuales de la incapacitación, el acento, debe fijarse en la posibilidad de “gobernarse a sí misma” y no en la propia enfermedad. Pues no cabe duda que la facultad de autogobierno implica no sólo la capacidad de discernimiento (en función de la cual se establece el grado de incapacitación arts, 210 y 287 in fine C.C.), sino también en la posibilidad de manifestarlo: “Efectivamente, a diferencia de lo que sucede con otros colectivos de afectados por patologías discapacitantes, en los discapacitados mentales presenta la dificultad añadida que viene dada por el hecho de que su falta de capacidad “natural” no suele ser permanente ni tampoco fácilmente previsible en el tiempo, careciendo del grado de estabilidad que está presente en mucha mayor medida en los otros colectivos de discapacidad, ello principalmente porque los enfermos mentales tienen intervalos lúcidos, así, como crisis o episodios agudos, y en definitiva diversas fases que pueden ir reproduciéndose clínicamente a lo largo de buena parte de la vida, de tal manera que resulta imprevisible la evolución futura de la enfermedad¹²³. Esto se traduce en una situación compleja y de difícil determinación sobre la capacidad o incapacidad de las personas con discapacidad mental, porque “sus capacidades cognitiva, intelectual y emocional - que constituyen básicamente el concepto de capacidad de autogobierno natural – sufren a su vez grandes oscilaciones, de tal manera que se entiende la afirmación inicial de que esta particularidad representa un plus de esfuerzo en los operadores implicados en la determinación de dicha capacidad/incapacidad, dado que dicho concepto es determinante en orden a la adopción de importantes decisiones en el plano de la protección de sus derechos”¹²⁴.

Esto significa que la incapacitación no es un estado que deba producir siempre los mismos efectos jurídicos. Antes bien, a la vista de las circunstancias que concurren en cada caso, los tribunales deben fijar el alcance de la incapacitación¹²⁵, es decir, determinar para qué tipo de actuaciones se le priva al “incapaz” de la capacidad de obrar. Asimismo debe fijarse el régimen tutelar a que va a quedar sometido el incapaz (tutela o curatela) y en

¹²³ González, P., *Régimen jurídico de protección de la discapacidad por enfermedad mental*, ob.cit., p 26.

¹²⁴ Ídem.

¹²⁵ La STS de 31 de diciembre de 1991 RJ 1991/9483 establece que: "La incapacitación supone la decisión judicial de carecer de aptitud para auto gobernarse el afectado, si bien con los límites y extensiones que autoriza el art. 210 del Código Civil, dándose equivalencia a muerte jurídico-civil; de ahí que la normativa que la regula (Título IX-Libro I del Código Civil), prevé las máximas garantías e instrumentos necesarios que se deben adoptar a fin de lograr la mayor aproximación a la verdad material para cerciorar la convicción de los juzgadores".

ciertos casos también puede determinarse en la sentencia quién va a ser la persona o personas que deban ejercer el cargo tutelar de que se trate¹²⁶.

3. MODELO PROMOTOR

El presente modelo sostiene la premisa de que “todas” las personas gozan de igual capacidad jurídica, de este antecedente derivan dos pilares fundantes de su construcción, por un lado la *promoción del ejercicio de los derechos* y por otro, el *no integrar límites*. Por tanto hay una diferencia clara con los dos modelos anteriores, aquí no se distingue las dos dimensiones clásicas de la capacidad, sino que por el contrario se construye una nueva noción, *unidimensional* de capacidad, comprendiendo en ésta las dos ya conocidas, contrario al planteamiento del modelo *paternalista*, y Que pretende tener el carácter de universal.

Diremos que los principios inspiradores del modelo son la *autonomía* y el de *igualdad y no discriminación*, del primer principio se derivan los elementos claves del modelo, que son ; (i) potenciar la autonomía (consolidar el ejercicio de los derechos) a través de ella, se busca la inclusión plena de las personas con discapacidad en todos los aspectos de la vida social (ii) primacía de la libertad de elegir sobre el resultado de la misma, y derivado de estos elementos (iii) el principio de vida independiente , que nace desde el propio colectivo, que plantea en síntesis, alcanzar la plenitud de la autonomía a través de este modo de vida. Estos principios y elementos serán la base de su constructo.

Se torna interesante en este punto, analizar la CDPD, como referente del modelo, ya que adopta también, dichos principios como valores transversales. Este instrumento supone un cambio de paradigma a la hora de abordar el fenómeno de la discapacidad en el sistema de protección internacional de derechos humanos. De la misma manera, se hará referencia también al modelo social, nuevo paradigma de la discapacidad, que deja de lado la visión medico rehabilitadora, superándola por una visión desde los derechos, que se encuentra plasmada en todo el instrumento internacional.

¹²⁶ Cerrada, N, *La incapacitación: cuestiones problemáticas del proceso civil de declaración a la luz de la jurisprudencia*, Noticias jurídicas, artículos doctrinales: Derecho civil. Madrid, 2010, p.3. Ver en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/201007-549098907767> htm. Consultada 10/02/2010.

Asimismo, el modelo promotor también plantea una mirada desde los derechos, en relación a la *capacidad*, dejando atrás la mirada *paternalista*, de carácter técnico, en donde la autonomía es interpretada de manera restringida, limitando arbitrariamente el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Para el modelo, la capacidad, es un elemento transversal a la CDPD, en donde los derechos sustantivos contenidos en ella, no tendrán ninguna eficacia, sin el reconocimiento de esta nueva concepción de capacidad. El objetivo del modelo, es que a través de la promoción del *ejercicio de los derechos*, se logre la plena inclusión de las personas con discapacidad en todos los aspectos de la vida social.

Para el desarrollo de este apartado, se seguirá la misma metodología utilizada en los modelos anteriormente estudiados, analizando la capacidad desde sus tres ámbitos de justificación.

3.1. Justificación sociocultural

A partir de la década del sesenta del siglo pasado, la modernidad ingresó en una nueva etapa caracterizada por múltiples transformaciones.

Comenzando por el campo político, se asiste a una disminución de las soberanías estatales, socavadas por el poder creciente que adquieren los organismos transnacionales, principalmente el FMI y el Banco Mundial, y las empresas multinacionales. Así mismo, se acrecienta la asimetría de poder entre los estados y, desde el colapso del comunismo, se asiste a un orden mundial unipolar hegemonizado política, cultural, económica y militarmente.

En el campo económico, asistimos al surgimiento y expansión del neoliberalismo. Este cambio de paradigma significó el fin de una economía industrializada, ligada a la producción y el consumo masivo, y el desplazamiento hacia una economía postindustrial, ligada a los servicios y a la información. Por otro lado, el “ritmo de cambio” se ve fuertemente incrementado como consecuencia de la revolución en el transporte y las telecomunicaciones, lo que se expresa en la extensión mundial de la televisión, el video, la digitación, y, en particular, Internet¹²⁷.

¹²⁷ Giddens, A., *Un mundo desbocado: los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Ed. Taurus, Madrid, 2000, p.63.

Finalmente, en el campo social, se asiste a una creciente desestructuración de los vínculos sociales y a una creciente apatía y pérdida de identificación a nivel mundial con los partidos, los sindicatos y la actividad política en general, lo que se relaciona con la plena vigencia que adquiere el individualismo de carácter hedonista.¹²⁸

Estas transformaciones, iniciadas a partir de la década del sesenta, comenzarán a desarrollarse en los setenta, con la crisis del petróleo, y durante la década de los ochenta, adquiriendo una proyección mundial definitiva desde comienzos de los años noventa, con el colosal desarrollo de las corporaciones transnacionales, la expansión del capital financiero y especulativo y el colapso del comunismo. El resultado de ello será la presencia de un fenómeno conocido comúnmente como globalización o mundialización.

La aplicación del neoliberalismo a escala global generó importantes transformaciones en los campos político, económico y social. Para entender esta cuestión debemos tener en cuenta, en primer lugar, el pronunciado cambio experimentado en el mapa sociopolítico y económico que se llevó a cabo a partir de la década del setenta y principios de los ochenta. En el campo económico esto se tradujo en un incremento descomunal del desempleo, la precarización laboral, la desigualdad y la pobreza, en el campo social se tradujo en una pérdida de identificación entre un “nosotros” y un “ellos”.¹²⁹ Al mismo tiempo, esta pérdida de “solidaridad orgánica” ocasionó un declive del poder político de los sectores populares, principalmente en el ámbito sindical. Si bien surgieron otras identidades más localizadas que fomentaron un mayor pluralismo en los sectores izquierdistas hacia minorías raciales, étnicas, de género y sexuales, la implantación de las políticas neoliberales produjo un declive que terminaría por despolitizarlos¹³⁰. Esta despolitización, sin embargo, no sólo afectará a los sectores obreros, sino que incluirá también a gran parte de la sociedad, expresándose en un notorio declive a nivel planetario en el apoyo a los partidos, sindicatos y a la actividad política en general¹³¹.

En los últimos años en particular, la aplicación del neoliberalismo ha provocado un fuerte coste económico-social: niveles de desempleos históricos, una pobreza alarmante, una desigualdad de riquezas y una precarización vergonzantes, han hecho emerger en los

¹²⁸ García, D., *El cambio de relaciones Estado- sociedad en el proceso de modernización en Argentina*, Instituto de investigaciones de la Facultad de Ciencias Sociales, UBA, Mimeo, Buenos Aires, 1994.

¹²⁹ Lash, Scott, *La reflexividad y sus dobles: estructura, estética, comunidad*, en Beck, Ulrich, Giddens, Anthony Lash Scott, *Modernización reflexiva*, Ed. Alianza. Madrid, 1997.

¹³⁰ Ídem.

¹³¹ Ídem.

grupos más castigados, importantes sectores que se animan a cuestionar el discurso oficial ortodoxo.

La posibilidad de que un actor dominado evolucione hacia actor de resistencia supone, un proceso de toma de conciencia sobre su posición subalterna y el grado de desventaja, posposición, exclusión o explotación que esto conlleva y, en consecuencia, implica tanto un acto volitivo –epistémico y de elaboración discursiva-, el cual se revierte y se visibiliza como praxis social, en la movilización y rebeldía frente al orden injusto que lo oprime¹³². Esto último comporta procesos a la vez colectivos e individuales. Son, en primer lugar, sujetos concretos –hombres y mujeres, o sea, personas de carne y hueso- que maduran como individuos y desarrollan opciones éticas que le son peculiares. Y, en la misma evolución, son ciudadanos –es decir, miembros de una comunidad- y, al mismo tiempo, sujetos implicados en una situación desventajosa, clasista o de otro tipo. Estos individuos viven procesos de maduración y concientización personal, que se desarrollan en interacción con otras gentes en condiciones más o menos similares. Así, y de forma relacional e interactuante, los individuos avanzan hacia la construcción de opciones organizativas, de expresión cultural y movilización política, donde se recogen sus reivindicaciones y reclamos por un orden social distinto que, en mayor grado, sea inclusivo y respetuoso para con sus biografías personales y las de su gente, con quienes comparten visiones de mundo, opciones éticas y políticas y aspiraciones vitales¹³³.

Así, desde las décadas de los años sesenta y setenta del siglo XX, especialmente en el contexto de Estados Unidos, Gran Bretaña y países escandinavos, aparecen diversos movimientos sociales por parte de colectivos desfavorecidos, como personas de raza negra y otras minorías étnicas, mujeres y personas con discapacidad, que denuncian su situación de marginación y piden el reconocimiento de sus derechos civiles como ciudadanos y ciudadanas en situación de igualdad social.

Al respecto la profesora María Eugenia Rodríguez Palop, hace referencia a los “derechos de cuarta generación” para referirse a aquellos derechos exigidos por los nuevos movimientos sociales que comienzan a denunciar estas falencias del sistema y nueva

¹³² Fair, H., “La globalización neoliberal: Transformaciones y efectos de un discurso hegemónico”, *Kairos Revista de Temas Sociales*, Proyecto Culturas Juveniles Urbanas. Publicación de la Universidad Nacional de San Luis. Año 12. N° 21. Junio de 2008, ver en, <http://www.revistakairos.org>. Consultada, el 20/03/2010.

¹³³ Vargas, L.P., *Los actores sociales y relaciones de poder: la globalización como proceso y fenómeno sociopolítico*, Ciencias Económicas 26-No. 1: 2008, Costa Rica, 196 <http://www.latindex.ucr.ac.cr/econ-2008-1/08-VARGAS.pdf>. Consultada 6/04/2010

estructura económica. Puede decirse que, “desde sus inicios, los derechos de cuarta generación pretenden reforzar el aspecto democrático del estado social sin desvirtuarlo, tratan de garantizar la libertad y la autonomía individual y también la colectiva poniendo en vigor procesos de justicia y fomentando la tendencias redistributivas, la capacitación y la participación ciudadana, y, por último, se orientan a la resolución de problemas que surgen en el eje localización/globalización apostando por una reconfiguración de la soberanía estatal”¹³⁴.

La autora reflexiona acerca del proceso de globalización y sobre la necesidad de introducir el discurso de los derechos humanos en un espacio global caracterizado por una polarización cada vez más marcada entre quienes toman decisiones y quienes se ven afectados por las mismas. Así afirma que “en un contexto como este, los derechos humanos se orientan simultáneamente a establecer límites al poder (no sólo a suprimir las interferencias arbitrarias en la toma de decisiones político-jurídicas sino también las capacidades que las hacen posibles) y a consolidar un sistema democrático deliberativo e incluyente en el que las cuestiones puedan ser efectivamente discutidas por todos los afectados. En concreto es posible afirmar que la nueva dimensión internacional de los derechos ha traído consigo ciertas consecuencias entre las que, por su importancia, cabe señalar las siguientes: (i) la preeminencia de los derechos políticos y de la democracia deliberativa y (ii) la aparición de una nueva generación de derechos humanos”¹³⁵. Donde, lo primero es planteado como condición necesaria para la resolución de conflictos multiculturales que al conectar múltiples intereses nos obliga a coordinar acciones. Y por ultimo los nuevos derechos pueden verse como una causa y/o como una consecuencia de la globalización y se hallan íntimamente ligados a las contradicciones propias de una sociedad multicultural.

En el caso concreto del colectivo de las personas con discapacidad surge en los Estados Unidos el denominado “Movimiento de vida independiente” y otros grupos de similares características en otros países. Estos movimientos nacen y “son promovidos por los propios discapacitados y discapacitadas y sus familias, que rechazan la vida en instituciones apartadas y el ser sometidos a programas de rehabilitación, sin tener ningún

¹³⁴ Rodríguez Palop, M.E., *La nueva generación de derechos humanos*, VI Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política, Ed. Suárez, MDP, Argentina, 2006, en http://www.mariaeugeniarodriguezpalo.es/wpadmin/capitulos_libros/SimposioIcade.pdf. Consultada el 16/04/2010.

¹³⁵ Ídem.

control sobre sus vidas. Estas personas manifiestan que se sienten *oprimidas* y reclaman sus derechos pidiendo tomar por sí mismas las riendas de su vida”¹³⁶.

La consolidación de este movimiento ha supuesto un significativo avance, ya que ha asumido las últimas líneas de investigación y elaboración teórica sobre discapacidad y las ha utilizado para reinterpretar sus propias experiencias, definirse como colectivo y emprender su acción político-social.

En este contexto de reorganización social comienza a promoverse un cambio de paradigma de la discapacidad. Al activismo social debemos sumar los avances de las ciencias sociales a partir de la década del sesenta, las “décadas prodigiosas” según Aguado Díaz, que habla de una revolución en salud mental, caracterizada por la acentuación de los determinantes psicosociales y socio ambientales y como correlato la intervención comunitaria: “los acontecimientos producidos en el entorno sociopolítico norteamericano junto con los desarrollos internos en el área de la salud mental (*crisis del modelo médico/psiquiátrico, crisis en las condiciones diagnósticas psiquiátricas, potenciación y crisis de la psicología clínica y profesional*) coadyuvan a la constatación de un hecho, a saber, que los planteamientos tradicionales resultan inviables y que se hace desde todo punto necesaria la búsqueda de alternativas coherentes y eficaces en función de las exigencias actuales”¹³⁷.

De esta manera podemos constatar un avance en el área de la salud mental, se habla de un “giro multidimensional”, de un nuevo paradigma científico-conceptual, Así, “desde dicha área se ha propuesto una nueva definición la de discapacidad intelectual o mental, sustituyendo a la de retraso mental”¹³⁸. Por otro lado, la solución estática y unidimensional articulada en torno al cociente de inteligencia (en adelante CI) u otras pretéritas centradas solamente en las habilidades cognitivas ya no son válidas. El nuevo paradigma ofrece una respuesta dinámica, pluridimensional, social, y contextualizada a la discapacidad cuyos elementos claves son las capacidades o competencias, los entornos y el funcionamiento¹³⁹.

En este nuevo escenario emergen los postulados del *modelo social* de discapacidad, que se hallan en oposición del modelo “modelo médico rehabilitador de discapacidad”,

¹³⁶ López, M., *Modelos teóricos e investigación en el ámbito de la discapacidad*. Universidad de Córdoba. <http://www.uclm.es/varios/revistas/docenciaeinvestigacion/pd>. Consultada el 18/04/2010.

¹³⁷ Aguado, A., *Historia de las deficiencias*, ob, cit. p. 211.

¹³⁸ García, Llerena, V., *Mayor interés en la esfera personal del incapaz*, Ed. Paideia, A Coruña, 2002, p.14

¹³⁹ Ídem.

donde, la discapacidad es entendida como “tragedia individual”, y es atendida bajo criterios médicos.

Si bien ya con el paradigma anterior, había comenzado a utilizarse el principio de normalización, su formulación en ese momento aún seguía siendo “inofensiva” para el medio social, aunque el entorno ya se veía comprometido. Todavía en esta formulación es el sujeto con discapacidad el que debe realizar esfuerzos por acercarse a su medio, aunque comienza a existir, con cierta latencia, la necesidad de que también el medio sea el que tenga que dar pasos de aproximación¹⁴⁰.

Uno de los presupuestos fundamentales del *modelo social* de discapacidad tiene que ver con esto, las causas de la discapacidad ya no serán ni religiosas ni científicas, sino sociales. Según los defensores de este modelo, “no son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la propia sociedad, para prestar servicios adecuados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de la persona con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social”¹⁴¹.

Así, el 13 de diciembre de 2006 fue aprobada por consenso en la Asamblea General de Naciones Unidas, CDPD, sin dudas el mayor logro en esta lucha por los derechos y la dignidad del mencionado colectivo.

3.2. Justificación ética

La CDPD, constituye un punto de inflexión en la historia del tratamiento de la discapacidad, al integrar esta temática en el ámbito de los derechos humanos. Este nuevo instrumento “supone importantes consecuencias para las personas con discapacidad, contando entre las principales, la “visibilidad” de este colectivo dentro del sistema de protección de los derechos humanos de Naciones Unidas, la asunción indubitada del fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, y el contar con una herramienta jurídica vinculante a la hora de hacer valer los derechos de estas personas”¹⁴². Manejar un enfoque de derechos humanos implica tomarse en serio la idea de que las personas con discapacidad son sujetos que poseen los mismos derechos que el resto de los

¹⁴⁰ Egea García, C y Sarabia Sánchez, A *Visión y modelos conceptuales de la discapacidad*. en: <http://usuarios.discapnet.es/disweb2000/art/VisionDis.pdf>. Consultada, 5/05/2010.

¹⁴¹ Palacios, Agustina: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, ob. cit. p. 103-104.

¹⁴² Ídem, p. 236.

ciudadanos garantizando la igualdad y la no discriminación de este colectivo en su titularidad, disfrute, protección y ejercicio¹⁴³.

Respecto al ejercicio de los derechos, tradicionalmente, la capacidad jurídica se ha venido considerando en las legislaciones nacionales como una cuestión técnica¹⁴⁴, cuya regulación ha sido abordada, básicamente, desde una perspectiva iusprivatista¹⁴⁵. Probablemente, la adopción de tal enfoque explica que esta temática haya sido obviada por la normativa y las políticas de derechos humanos adoptadas por los derechos internos, en el ámbito de la discapacidad.

La convención asume el modelo social de discapacidad, destacando que “la discapacidad es un fenómeno complejo que se encuentra integrado por factores propios del individuo, junto con determinantes sociales, (las limitaciones que presenta la sociedad en su diseño, teniendo en cuenta sólo las necesidades de una persona estándar, dejando fuera las necesidades de muchas otras personas que no encajan dentro de esos parámetros de supuesta normalidad). En palabras de A. Palacios, la convención parte de la consideración de la discapacidad como el resultado de la interacción entre factores individuales y factores sociales, para proponer soluciones que apunten a eliminar las causas sociales que generan o acentúan la discapacidad¹⁴⁶.

Los defensores del modelo social abogan por la inclusión de la diferencia que implica la diversidad funcional, como una parte más de la realidad humana. En el punto opuesto, desde el modelo rehabilitador las personas con discapacidad recibían un trato *paternalista*, quizás resultante de una amalgama entre la piedad, el menosprecio y la tolerancia, que así mismo aspiraba a la recuperación de la persona con discapacidad, o al menos a su mayor disimulo.

En esta misma línea, se ha considerado que la discapacidad está producida por “el negocio de la discapacidad”, en el que se incluyen no solo los servicios oficiales, sino

¹⁴³ Cuenca, P. *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: art.12 de la CDPD. De la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español*. Derechos y Libertades, Número 24, Época II, enero 2011, p, 226. (p. 221-257).

¹⁴⁴ Quininn, G., *Anideas paper on Legal Capacity*, Disability, European FoundationCenter, Bruselas, 2009, disponible en, <http://www.efc.be/Networking/InterestGroupsAndFora/.../EFCGQfinal.doc>. Consultada. 9/10/2011.

¹⁴⁵ Bariffi, F *Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU*, en Pérez Bueno L, (dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad*. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 353-390, p. 356.

¹⁴⁶ Palacios, A, *La capacidad jurídica; una nueva mirada desde el modelo social de discapacidad de los derechos humanos*, ob.cit.p18.

también las iniciativas particulares, incluso las emprendidas por las propias personas con discapacidad, pues la discapacidad y la rehabilitación se han convertido en mercancía y en objeto de interés comercial. Estos autores señalan la necesidad de modificar la organización política basada en modelos paternalista de provisión de servicio. Proponen avanzar hacia organizaciones de bienes y servicios donde se priorice la información, la capacitación, la autogestión y el control de las propias personas usuarias¹⁴⁷.

Esta propuesta de avanzar hacia la inclusión de las personas con discapacidad en todos los aspectos de la vida social, es compartida por el modelo promotor, y es una de las aspiraciones que se pretenden conseguir.

Por este motivo, desde el modelo promotor se defiende la premisa, de que todas las personas tienen igual capacidad jurídica, incluyendo a las personas con discapacidad. Es así como el mismo, no integra límites y promueve el ejercicio de los derechos, pilares fundamentales de su planteamiento. Como ya lo habíamos señalado, si hubiera que resumir los principios inspiradores del modelo promotor, podrían sintetizarse en: *el principio de autonomía* y *el principio de igualdad y no discriminación*.

3.2.1. Principio de autonomía

El primer principio “está íntimamente ligado con el concepto de *dignidad*, entendida en términos kantianos, que implica que la persona es un sujeto moralmente libre”¹⁴⁸. En efecto, un “componente de la dignidad que se encuentra íntimamente relacionado al fenómeno de la discapacidad es la *autonomía*, que puede ser entendida como un espacio reservado, sin restricciones, para la acción voluntaria de la persona”¹⁴⁹.

Como explica Rafael de Asís, la libertad moral sería el referente de los derechos, un momento utópico individual de realización de los planes de vida, de los proyectos vitales, de satisfacción de necesidades, condicionado por la dimensión social de la actividad humana¹⁵⁰. Así, el sentido de esta libertad moral debe ser generalizado, de modo de que todas las personas pudieran estar en situación de alcanzarla. A partir de ello, la misión de la

¹⁴⁷ Albrecht, Gary y Bury, Michael, *The political economy of the disability Studies*. Thousand Oaks (Ca), Sage, 2001, p. 585-609

¹⁴⁸ De Asís Roig R, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Col., Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, N 17, Dykinson, Madrid, 2001, p.28.

¹⁴⁹ Ídem.

¹⁵⁰ Ídem.

libertad social y de los derechos como instrumentos, es permitir al sujeto moral el alcance de esta libertad moral¹⁵¹.

En el contexto de la discapacidad, la imagen de sujeto moral plantea problemas porque generalmente suele asociarse la discapacidad -especialmente la intelectual o mental- con la carencia de capacidad para el ejercicio de la libertad moral. Esta suposición se basa en la confusión entre *autonomía moral* y *autonomía funcional*, que conlleva una idea de autonomía muy restringida.

En este sentido el modelo de capacidad defiende una noción más amplia de autonomía. Este nuevo planteamiento trae como consecuencia, un cambio de visión respecto a las personas con discapacidad, desde lo ético- jurídico, debiendo presumirse la “capacidad”, y no la “incapacidad” de la persona diagnosticada con una discapacidad. Esta presunción reafirma la idea de potenciar la autonomía, aseverando que “aunque en ciertos casos se encuentre más restringida no significa que deba ser anulada o ignorada, sino todo lo contrario; es en estos casos precisamente donde debe resaltarse el rol del Derecho en cuanto a la garantía de desarrollo pleno del grado de autonomía existente, por mínima que sea¹⁵².

Como se puede apreciar este nuevo paradigma ubica en el centro de la discusión el *límite a la autonomía personal*, y por tanto cuestiona la aplicación de *medidas paternalistas*, que con la justificación de proteger a determinadas personas con discapacidad, terminan vulnerando la autonomía e independencia de las mismas.

Por esta razón, se afirma que los elementos claves del modelo promotor en el ámbito de la autonomía serán: *-potenciar la autonomía*: Debiendo “rebalancear” los principios, priorizando el principio de autonomía sobre el principio de protección *-priorizar el principio de libertad de elegir sobre resultado de la misma*, y derivado de estos dos principios - principio de *vida independiente*. A continuación se explican brevemente estos elementos.

¹⁵¹ Ídem.

¹⁵² De Asís Roig, R., *Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos*, en *Igualdad, No discriminación y Discapacidad*, (editores) Campoy, I, y Palacios, A., Ed. Dykinson Madrid, 2007.

3.2.1.1. Potenciar la autonomía

El valor de la autonomía se basa en el supuesto previo de una capacidad de acción y comportamiento auto dirigido. Cuando se dice que desde el modelo promotor *no integra límites*, se establece una presunción de capacidad, con lo cual, todas las personas con discapacidad tienen capacidad para ejercer sus derechos, y plena libertad para tomar sus propias decisiones, herramienta clave para el logro de una vida humana digna, que “necesita de la satisfacción de una serie de exigencias y necesidades, que se presentan como instrumentos necesarios para ello”¹⁵³.

Este nuevo planteamiento es contrario a lo que viene sucediendo hasta ahora, donde suelen asociarse ciertas limitaciones individuales- especialmente las intelectuales- con la carencia de capacidades para el ejercicio de la libertad moral¹⁵⁴. Suposición basada en un mero prejuicio, o en una idea restringida de la autonomía, por lo que “en este sentido debe de abogarse por una idea más amplia de autonomía, un planteamiento que no se incline por detectar la limitación y que, por tanto, otorgue la misma importancia a la necesidad de una protección efectiva de los derechos y los intereses de las personas con “limitaciones” sobre todo intelectuales”¹⁵⁵.

Efectivamente el tratamiento tradicional de las personas con discapacidad en la teoría de los derechos justifica un paternalismo excesivo que genera sobreprotección y limita arbitrariamente la autonomía. En consecuencia la sociedad no ha hecho mucho por habilitar a las personas con discapacidad en el ejercicio de este derecho.

Con la plasmación del modelo promotor, esta situación cambia, ya que en la práctica, este principio de protección pasa a segundo plano en el tema de la capacidad, o al

¹⁵³De asís R, y Palacios, A., *Derechos humanos y situación de dependencia*. Ed. Dykinson, Madrid, 2007, p.50.

¹⁵⁴De Asís Roig, R., *Derechos humanos y discapacidad*. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos, en *Igualdad, No discriminación y Discapacidad*, editores Campoy Cervera, I, y Palacios, A., Ed. Dykinson Madrid, 2007.

¹⁵⁵ Como advierte en este sentido Christian Courtis, definir a una persona sólo por lo que no puede hacer, o en función de sus limitaciones, “supondrá extender el rotulo de inútil o inservible a la humanidad entera. Prácticamente todo ser humano tiene limitaciones para desarrollar algunas actividades: cantar, realizar cálculos matemáticos, orientarse en un lugar desconocido, correr, practicar deportes, , bailar, retener datos, recitar poesía, cocinar, realizar manualidades , para la mayoría de las personas, el dato de sus limitaciones relativas a la realización de ciertas actividades es irrelevante. Las personas con discapacidad, sin embargo, han sufrido históricamente una rotulación que pone énfasis en las actividades que tienen limitaciones, en lugar de resaltar las actividades que si pueden desarrollar sin dificultades. Courtis, C., discapacidad e inclusión social: retos teóricos y desafíos prácticos. Algunos comentarios a partir de la ley 51/2003. En, *Revista jueces para la Democracia*, nº 51, Madrid, noviembre, 2004.

menos se contempla desde otra perspectiva, entrando en juego como concepto fundamental el principio de autonomía, así como el pleno desarrollo de la dignidad, personalidad y libertad¹⁵⁶. Es por ello que habría que reformular algunos presupuestos “estándares” enquistados en la misma teoría de los derechos, que han justificado, esta visión *paternalista*, que impiden avanzar hacia la plena inclusión de las personas con discapacidad en todos los aspectos de la vida social.

Debemos decir que estos presupuestos se encuentran presentes en la mayoría de los ordenamientos domésticos, constatando que en relación a las personas con discapacidad la ponderación siempre arroja como resultado la primacía del principio de protección. Dichas personas (generalmente, aunque no únicamente, personas con discapacidades intelectuales) “son tratadas como incompetentes básicos “naturales” en relación con todas sus decisiones y son generalmente reemplazadas en su adopción”¹⁵⁷. La interferencia en la libre elección de los planes y proyectos de vida no requiere de la concurrencia y de los elementos, ni de las salvaguardas que se exigen en el caso de las personas “normales”. En este punto, la teoría de los derechos debe “rebalancear” el conflicto entre la protección y la autonomía atendiendo a la dignidad del riesgo y al derecho de las personas a cometer sus propios errores como parte del crecimiento humano¹⁵⁸. Las personas con discapacidad también pueden ser “sujetos” de medidas paternalistas pero nunca en razón de discapacidad y, por, tanto, en las mismas situaciones y con las mismas garantías que el resto de ciudadanos.

Junto a esto, debemos reflexionar respecto a la propia concepción de autonomía, que se encuentra fundamentada en una teoría “estándar” de los derechos. En primer término la autonomía debe ser considerada no como un punto de partida sino como un punto de llegada¹⁵⁹. Precisamente ha sido la falta o negación de la autonomía la que ha imposibilitado el ejercicio de los derechos por parte de las personas con discapacidad.

¹⁵⁶ García, V., *Mayor interés en la esfera personal del incapaz*, ob.cit, p.14

¹⁵⁷ Cuenca, P., “Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos”, en *Revista de estudios políticos*, ob.cit, p.129.

¹⁵⁸ Bach, M. y Kerzner, L., *A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity* op, cit. 11 y ss., 86 y 88. disponible en <http://www.lco-cdo.org/disabilities/bach-kerzner.pdf>. Consultada el 20/07/2010.

¹⁵⁹ Añón, MJ., *Necesidad y derecho. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 267.

De este modo, la autonomía no aparece tanto como un *prius* o como un antecedente lógico de los derechos, sino como una meta a alcanzar¹⁶⁰. En segundo lugar, resulta esencial extender a las personas con discapacidad la visión tradicional de la autonomía, pero también completar y reconstruir esa visión¹⁶¹. Es por ello que desde el modelo se aboga por un término más complejo, integrado por dos tipos de contenidos: (i) “un contenido negativo, que exige la no intervención o invasión del estado y de terceros en la esfera de poder de elección autónoma de la persona y que se corresponde con la visión clásica de la autonomía y (ii) otro contenido positivo, que reclamaría la intervención del estado y de la sociedad para promover y favorecer el poder de elección autónoma de la persona”¹⁶². Esta dimensión reclama que, en aquellas situaciones en las que las diferencias que, “efectivamente, algunos individuos presentan en sus capacidades y talentos, pueden generar dificultades en la elección de planes y proyectos de vida se adopten las medidas o instrumentos pertinentes para eliminar o paliar dichos obstáculos”¹⁶³.

De esta forma, la visión de las personas con discapacidad como sujetos igualmente dignos requiere no solo “derribar” las barreras que restringen su desarrollo moral autónomo, sino también habilitarles, apoyarles y asistirles para que puedan tomar sus propias decisiones¹⁶⁴. En relación a esta apreciación, importa también destruir el mito del ejercicio independiente de la autonomía que de nuevo, se ha mostrado excluyente para las personas con discapacidad que pueden depender de otros en cuanto a las formas de expresar y formular sus concepciones del bien¹⁶⁵. Afirmar seriamente que la autonomía prohíbe la

¹⁶⁰ Megret, F., *The disabilities Convention: Human Rights of persons with Disabilities or disability Rights?*, *Human Rights Quarterly*, N° 30, p. 510 y ss.

¹⁶¹ Cuenca, P., *Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos*, ob. cit., p. 129

¹⁶² De asís, R. y Barranco, M., *El derecho de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*. Ed. Dykinson Madrid, 2004, p.110 y 111.

¹⁶³ De asís, R., *La incursión de la discapacidad en el discurso de los derechos: posibilidad, elección, Derecho y Poder*, en Campoy Cervera, Ignacio (ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p.67

¹⁶⁴ Cuenca, P., *sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos*, ob.cit., p. 130

¹⁶⁵ En opinión de Francis, L. P. y Silvers, A., *Liberalism and Individually Scripted Ideas of the Good: Meeting the Challenge of Dependent Agency*, *Social Theory and Practice*, vol. 33, n° 2, 2007, p. 332. La presuposición de que los adultos poseen concepciones personalizadas del bien que no solo son suyas, sino también independientemente de cualquier otro implica una idealización conducen a considerar de que las personas que necesitan de otros en la formación o expresión de su concepción del bien son deficientes como agentes morales y a etiquetar sus formulaciones del bien como el producto de la dependencia.

asistencia y la interacción con otros en la elaboración y puesta en marcha de planes y proyectos de vida supondría denegar la agencia moral a todos los individuos¹⁶⁶.

Tampoco los sujetos sin discapacidad adoptan sus elecciones de manera aislada y absolutamente independiente. Deciden influidos por el contexto social, económico, familiar, etc. y/o aconsejados o asistidos por terceros. Sin embargo a diferencia de lo que ocurre con las personas con discapacidad, estas “dependencias” no acarrear la pérdida de libertad para adoptar sus propias decisiones, por tanto no debemos “plantear y hacer vivir la dependencia como excepcional de algunos, hetero asignada, unilateral, e impuesta”¹⁶⁷. Por el contrario “se deberá asumir honesta y empáticamente, en nuestra propia experiencia, esta condición de interdependencia y situar en ella, en toda su complejidad, al conjunto de las personas –con o sin discapacidad-, cada una a su manera”¹⁶⁸.

Debemos subrayar que la autonomía no es solitaria, sino que en la práctica es interdependiente y relacional¹⁶⁹, nadie es independiente en sentido estricto, “nadie vive ese ideal liberal, de ser persona autónoma totalmente separada de los otros, con los que establecería las relaciones que considera oportuna desde su libertad; la posibilidad de que decidamos y realicemos nuestras decisiones, de que logremos una razonable completud del yo, depende de múltiples y variados lazos de solidaridad, tanto más fuerte, tanto más inconscientes. No somos “autosuficientes”, como proclama Kant, sino “auto insuficientes”¹⁷⁰, incluso cuando estamos “en la plenitud de la edad y las facultades”¹⁷¹. El concepto de “autonomía relacional” -desarrollado, por ejemplo, en el ámbito de la filosofía del feminismo- nos revela que la toma de decisiones no es un proceso exclusivamente “individual”, pero, además, insiste en que la propia identidad de la persona se conforma en el contexto de una compleja red de relaciones y está fuertemente condicionada por diversos factores sociales. Nuestra identidad no es algo construido sólo en primera persona, sino que

¹⁶⁶ Silvers, A y Francis, L.P., *Thinking about the good: reconfiguring liberal metaphysics (or not) for people with cognitive disabilities*, en Kittay, Eva Feder y Carlson, Licia (Ed.), *Cognitive Disability and its Challenge to Moral Philosophy*, Wiley-Blackwell, Oxford, 2010, p. 249.

¹⁶⁷ Etxeberría, X, *La condición de ciudadanía de las personas con discapacidad intelectual*, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2008, p.36

¹⁶⁸ Ídem.

¹⁶⁹ Silvers, A y Francis, L.P., *Thinking about the good: reconfiguring liberal metaphysics (or not) for people with cognitive disabilities*, op.cit, p.249. También destacan esta idea Bach y Kerzner *A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity*. Paper preparado para la Comisión de Derecho de Ontario, octubre de 2010, p. 39 y ss, disponible en <http://www.lco-cdo.org/disabilities/bach-kerzner.pdf>. Y Quinn (2011). Vid sobre el concepto de autonomía relacional Mackenzie y Stoljar (2000).

¹⁷⁰ Etxeberría, X, *La condición de ciudadanía de las personas con discapacidad intelectual*, ob.cit. p.35

¹⁷¹ Sobre esta cuestión es útil consultar: Beck, U. Beck-Gernsheim, *La individualización*, Ed. Paidós, 2003.

también terceras personas contribuyen a su formación¹⁷². Estudios en el campo de la neurociencia reflejan que la mente no es una entidad atomista y que su funcionamiento depende tanto de estructuras biológicas como de factores sociales, culturales, e interpersonales¹⁷³.

En resumen, en relación con la cuestión de la dependencia, la diferencia entre las personas con discapacidad y sin discapacidad es sólo gradual, la situación de las primeras es únicamente más visible y extensiva del lugar común¹⁷⁴. Las personas con discapacidad al igual que las personas sin discapacidad, tiene concepciones personalizadas del bien, que deben ser respetadas aunque algunas de ellas no hayan sido formuladas o comunicadas completamente por ellos mismos¹⁷⁵.

Algunas personas con discapacidad pueden depender de otros para el ejercicio de su autonomía en diferentes formas y niveles. Pueden necesitar asistencia para comunicar sus elecciones¹⁷⁶ y/o para la propia formación de sus planes de vida¹⁷⁷, e incluso para la reconstrucción de ideales morales¹⁷⁸. Todas estas relaciones de interdependencia, que deben

¹⁷² Lindemann, H., *Holding one another (well, wrongly, clumsily) in time of dementia*, Kittay, E.F. y Carlson, L., *Cognitive Disability and its Challenge to Moral Philosophy*, Wiley-Blackwell, Oxford, 2010, p. 161-169.

¹⁷³ En apoyo a esta consideración, Damasio, A *Self comes to mind*, Pantheon Book, New York. 2010

¹⁷⁴ Bach, M. y Kerzner, L., *A new paradigm for Protecting autonomy and the tight to legal capacity*. Paper preparado para la comisión de Ontario, octubre de 2010, disponible en <http://www.lco-cdo.org/disabilities/bach-Kerzner.pdf>.)

¹⁷⁵ Cuenca, P., *Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos*, ob.cit., p. 131

¹⁷⁶ En este punto cobra relevancia la *agencia semántica* propuesto por Jennings, B, *agency and moral relationship in dementia*, en Kittay, Eva Feder Y Carlson, L., *cognitive disability and its Challenge to moral philosophy*, Wiley-Blackwell, Oxford, p. 176 y ss. Como estrategia para proteger la integridad moral, en el *laberinto de la demencia*. La agencia semántica se refiere a la capacidad para comunicar, para participar en relaciones significativas y comprender y evaluar esa comunicación. La comunicación no se identifica con la comunicación semiótica, pues puede haberse perdido la capacidad de manipular signos semióticos, sino que se amplía gestos, contactos, expresiones faciales, posturas, contacto visual como medio de expresión de la agencia semántica. Como apunta Bach y Kerzner a new paradigm for Protecting autonomy and the tight to legal capacity. Paper preparado para la comisión de Ontario, octubre de 2010, disponible en <http://www.lco-cdo.org/disabilities/bach-Kerzner.pdf>. P.60 y ss. Las elecciones realizadas por personas con profunda discapacidades, si bien podrían parecer carentes de significado para otros, resultan significativas para las personas que les conocen bien y constituyen la expresión de su agencia moral

¹⁷⁷ Silvers y Francis., *Justice through Trust: Disability and the "Outlier" problem in Social Contract Theory*, n° 116, 2005, p. 247. Plantean el «pensamiento asistido» como una práctica protésica que difiere en extensión e implementación pero no en naturaleza de las interacciones sociales que permiten a las personas «normales» formular sus propias concepciones del bien. Su función sería similar a la de las prótesis que utilizan las personas con discapacidades físicas: permitir y ampliar la realización de la función del sujeto, en este caso, formular y expresar sus propias concepciones del bien. El pensamiento asistido debe ser estar inspirado en el respeto por la persona asistida y de sus propias ideas del bien que no deben ser sustituidas por las del asistente o por las de la sociedad.

¹⁷⁸ Jennings, B., *Agency and moral relationship in dementia*, en Kittay, Eva Feder y Carlson, Licia, *Cognitive Disability and it Challenge to Moral Philosophy*, Wiley-Blackwell, Oxford, 2010, p.176 y ss. propone el concepto de *memorial personhood* que significa ser una persona en la imaginación y memoria de otros y que exige el ejercicio de recordar la historia de vida de la persona para decidir de acuerdo con ella. Como antes

estar precedidas por el respeto de la identidad de la persona, pueden revelar la agencia moral poniéndola en práctica. La Teoría de los derechos debe reconocer y valorar esa dependencia y ofrecer parámetros para que la misma se articule no como una forma de restringir la autonomía, sino de potenciarla.

Desde el modelo promotor, se advierte que estos nuevos presupuestos (reformulados), deben de estar presentes al momento de aplicar cualquier medida que vaya dirigida a potenciar la autonomía. Esto significaría ampliar las posibilidades de ejercicio de los derechos de aquellas personas que por una u otra razón se encuentran en una situación de desventaja (en su autonomía funcional) en relación con otras. Por tanto diremos que, las personas con discapacidad “no tienen disminuida la capacidad, sino que en determinadas ocasiones requieren de asistencia para ejercitar dicha capacidad, la cual debe ser diseñada a la medida de las necesidades de la persona, y de modo que implique la menor restricción a la autonomía y al ejercicio de los derechos”¹⁷⁹. La tarea pendiente de los ordenamientos jurídicos internos respecto a la capacidad, es precisamente superar esta visión *paternalista*, a través de una interpretación más amplia de la autonomía (como propone el modelo promotor), para que el ejercicio derechos de las personas con discapacidad, se hagan realmente efectivos.

Ahora bien, pensar en una autonomía más amplia (omnicomprensiva) trae como consecuencia el cuestionamiento de la noción de capacidad y de dignidad conocido hasta ahora, ya que a través de ella se ha construido un modelo de ser humano, abstracto e idealizado, desconociendo por tanto sus circunstancias, contexto y situación.

se dijo, también Bach y Kerzner., *A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity*. Paper preparado para la Comisión de Derecho de Ontario, octubre de 2010, p.63 y ss. disponible en <http://www.lco-cdo.org/disabilities/bach-kerzner.pdf>, abogan por una aproximación narrativa a la agencia humana. A su modo de ver, lo que permite considerar a una persona como agente moral es la capacidad de responder a la pregunta «¿Quién soy yo?» con una narrativa coherente y una historia de vida que da sentido a los cambios, pérdidas y nuevas direcciones. Esta pregunta no sólo puede ser contestada por la propia persona, sino también por otros que tienen un conocimiento personal del individuo. A su juicio, es esta coherencia narrativa «de mi particular y única vida» lo que hace razonables las decisiones que dan efecto a mis intenciones y no el estándar abstracto de la «persona razonable» o del «mejor interés».

¹⁷⁹ González, A., *Capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, Comisión nacional de Derechos humanos, México, D.F. 2010.

3.2.1.2. *Primacía de la libertad de elección sobre el resultado de la misma.*

En la noción de capacidad conocida hasta ahora, ocupa un lugar de primer orden la “racionalidad” –idealizada- como criterio de justificación determinante en la atribución de especial valor y consideración a los seres humanos. La teoría estándar de los derechos sobrevalora el papel que desempeña la racionalidad en la toma de decisiones y elecciones en los planes de vida.

Precisamente esta sobrevaloración de la racionalidad, es uno de los primeros cuestionamientos que se hace desde el modelo promotor. Ya habíamos adelantado que los avances en los estudios de la psicología cognitiva y de la neurociencia¹⁸⁰, demuestran que la toma de decisiones es un proceso en la que se mezclan diversos factores racionales e irracionales, naturales o individuales y sociales. La comprensión y evaluación de la información, el juicio y la revisión crítica de las opciones y de sus consecuencias son aspectos importantes en este proceso, pero también lo son las preferencias, las emociones, las intuiciones y las experiencias.

En relación con lo anterior, importa asimismo señalar que el umbral de racionalidad, o de competencia “mental” para considerar a una persona capaz de tomar sus propias decisiones es una construcción social diseñada para resultar útil a la mayoría de los ciudadanos “normales” al permitir el óptimo funcionamiento de prácticas consideradas socialmente relevantes, eso sí, al precio de excluir del acceso a las mismas a las personas con discapacidades intelectuales¹⁸¹. El establecimiento de este umbral responde a una ponderación entre el bienestar social general y la libertad de todos los ciudadanos que se resuelve a favor del primero¹⁸².

El segundo cuestionamiento está relacionado con “la insistencia en el reconocimiento de que los individuos pueden tener diferentes capacidades, una más desarrolladas que otras, y pueden ejercerlas de modo y de maneras distintas, sin que se puedan justificar que unas capacidades valgan más que otras, en un contexto general o que

¹⁸⁰ Damasio, A., *Self comes to mind*, ob.cit.p.65.

¹⁸¹ Winkler, D, *Cognitive disability paternalism and the global burden of disease*, en Kittay, Feder y Carlson, *Cognitive Disability and its Challenge to Moral Philosophy*, Wiley-Blackwell, Oxford,2010, p. 195 y 196. Según este autor cambiar la sociedad de modo que el “retardo mental” no sea un hándicap podría reducir el valor social y económico en esas prácticas relevantes. También podría elevarse el nivel de competencia mental, construyéndose una sociedad “para los dotados”

¹⁸² Ídem.

haya formas correctas e incorrectas de desarrollarlas”¹⁸³. El modelo cuestiona esta “hegemonía” de unas capacidades sobre otras, que han permitido la opresión sobre un colectivo que tiene distintas capacidades y formas de comunicarlas, minusvalorando sus proyectos vitales e impidiendo tener el control sobre sus propias vidas.

Por tanto, debemos de subrayar que la capacidad de elección es fundamental para el desarrollo de la autonomía, tal como lo afirma A. Sen, “la capacidad refleja la libertad de una persona para elegir entre vidas alternativas (combinaciones de realizaciones) y su valor no se tiene por qué derivar de una “doctrina global” particular que implique un modo determinado de vida”¹⁸⁴. En este mismo sentido lo ha manifestado, Nino: “La posibilidad de elegir exige el reconocimiento de la realidad de la persona y por tanto de la posibilidad de existencia, lo que implica la satisfacción real de ciertas necesidades básicas”¹⁸⁵. En este sentido, la satisfacción de las necesidades básicas es un presupuesto de la autonomía personal.

Este es un punto neurálgico en donde se centra la discusión sobre la capacidad. Una visión más restringida de la autonomía, coincidirá con el modelo paternalista, valorando más el “resultado” de una elección (que sea racional o juiciosa) que la propia (acción) libertad de elegir, por no cumplir con ciertos parámetros de “normalidad”, lo que Viviana García, ha llamado la “primacía del principio de libertad”¹⁸⁶. La teoría de los derechos, justifica un paternalismo desmedido que limita el ejercicio de los derechos de las personas que no cumplen con una medida satisfactoria de rasgos que definen la dignidad humana, y en base a su “mejor interés”, son sustituidas en la toma de decisiones.

En tercer cuestionamiento, tiene que ver con que “la diferencia en la calidad y ejercicio de las capacidades y los obstáculos que algunas personas puedan encontrar para su desarrollo, no siempre tiene sus orígenes en sus rasgos individuales, sino que en muchos casos están, ocasionados, y casi siempre que se ven agravados, por el diseño del entorno social”¹⁸⁷, desde unos referentes que no tienen en cuenta la situación de estos sujetos, que cuando les toman en consideración lo hacen desde su contemplación como individuos que

¹⁸³ De asís, R., *derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos*, en Campoy, I. y Palacios, A (coords), igualdad y no discriminación y discapacidad. Una visión integradora de las realidades españolas y argentina, Ed. Dykinson, Madrid, p. 43 y 44.

¹⁸⁴ Sen A., *Bienestar, justicia, y mercado*. Ed. Paidó., Barcelona, 1997, p. 115.

¹⁸⁵ Nino, C., “Autonomía y necesidades básicas”, Ed. Doxa, N° 7, 1990, p. 23.

¹⁸⁶ García, V., *El mayor interés en la esfera personal del incapaz*, ob.cit.p.54.

¹⁸⁷ Cuenca, P., *Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos*, ob.cit. p.121.

no son plenamente autónomos¹⁸⁸, y que les impiden o dificultan el acceso a ciertos bienes y recursos a los que sí pueden acceder las demás personas¹⁸⁹.

En la práctica para optar a la realización de un proyecto de vida, necesitamos estar en igualdad de condiciones, permitiendo así, la concreción de dicho proyecto. Para que se cumpla aquello, “una política destinada a la inclusión de las personas con discapacidad en todas las esferas de la vida social debe poner énfasis en la eliminación de prohibiciones legales, estereotipos sociales y barreras físicas y comunicacionales socialmente creadas, que impiden a la persona con discapacidad llevar adelante de la manera más plena su potencial y autonomía en todos esos ámbitos”¹⁹⁰. A través del cumplimiento de estas políticas, también podrá tener una repercusión muy positiva en la situación del resto de los grupos afectados por el fenómeno de la discriminación y, en definitiva, en el conjunto de la sociedad.

3.2.1.3. *Vida independiente*

Esta filosofía que surge como alternativa al tradicional tratamiento que venía teniendo la discapacidad, observada y atendida desde el paradigma de la “rehabilitación”, que define el problema de la discapacidad sobre la existencia de “deficiencia” que limitan la posibilidad de actuar y de participar, restringiendo especialmente la posibilidad de desempeñar un rol activo en la sociedad por ejemplo; el acceso al empleo¹⁹¹.

El movimiento de vida independiente responde por tanto a la existencia de barreras en el entorno físico, y barreras de tipo psicológicas en la comunidad, a las reducidas expectativas de realización personal, a la estigmatización de discapacidad, a los prejuicios que esta conlleva y a la discriminación social, política y económica que limita hasta la desaparición social a las personas con discapacidad¹⁹².

¹⁸⁸ Silver y Francis, autores que advierten que las personas no sólo se diferencian en sus concepciones del bien, sino que difieren en los procesos cognitivos que les llevan a la formación de esas concepciones, a su aplicación y a su mantenimiento.

¹⁸⁹ De asís, R., *La incursión de la discapacidad en el discurso de los derechos; posibilidad, elección, derecho y poder*, En Campoy, I., (Ed), *Los derechos de las personas con discapacidad; perspectivas sociales, políticas, jurídicas, y filosóficas*. Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 67.

¹⁹⁰ Courtis, C, *Discapacidad e inclusión social: retos teóricos y desafíos prácticos. Algunos comentarios a partir de la ley 51/2003*. En, *Revista de jueces por la democracia*, N° 5, p.9, 2004. P. 7-14.

¹⁹¹ Vidal García, J. (coordinación), *Movimiento de vida independiente, experiencias internacionales*. Fundación Luis Vives, Madrid, 2003, p.40.

¹⁹² Ídem.

También responde a la necesidad de que sean “las propias personas con discapacidad quienes asuman la responsabilidad en la gestión, de los servicios que le afecten, incluso en las investigaciones sobre cuestiones relevantes que influyen sobre la concepción de discapacidad o sobre el sistema de previsión sociales, se considera que la experiencia de la discapacidad ostentan exclusivamente las personas con discapacidad siendo un valor esencial para solucionar los problemas relativos a la misma incluida la legislación específica sobre la materia”¹⁹³.

La plenitud de la autonomía según el modelo promotor se va a consolidar en la medida que la persona logre desarrollar una vida más independiente. Este principio requiere que a las personas con discapacidad se les ofrezcan formas de vida y condiciones similares a las circunstancias habituales en la sociedad a la cual ellas pertenecen, y que al mismo tiempo, se encuentren en condiciones de aprovecharla al máximo nivel de autonomía posible. Ello no debe ser interpretado como la negación de la diversidad funcional o que la persona con discapacidad debe adaptarse a la forma de vida de la persona sin discapacidad. Más bien debe entenderse como la necesidad de que las personas con discapacidad tengan los mismos derechos y obligaciones que los demás miembros de la sociedad, y que puedan utilizar los servicios que comúnmente emplean los demás. A dichos fines, es necesario normalizar el entorno¹⁹⁴.

Esto significa que no es la persona con discapacidad quien debe “normalizarse” hasta llegar a parecerse a la persona “estándar”, sino, lo contrario, es la sociedad-el ambiente- el que debe ser normalizado y adaptado a las necesidades de la totalidad de la población, incluyendo a las personas con discapacidad¹⁹⁵. Esto último también es uno de los argumentos esenciales del modelo social.

Para que ello sea posible, es fundamental la existencia de las y los asistentes personales, y; en particular, de la autogestión de los mismos, mediante el control de los

¹⁹³ Ídem.

¹⁹⁴ Palacios, A., *La ley 39/2006 a la luz del modelo social y de la convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad*, en, Barranco, M.C., *Situaciones de dependencia, discapacidad y derechos*, Ed. Dikynson, Madrid, 2010, p.27.

¹⁹⁵ Su irrupción se produjo a finales de la década de los años sesenta del siglo veinte, en los países escandinavos, cuando en el año 1959 el gobierno danés dictó una ley relativa al tratamiento de las personas con discapacidades psico-sociales, en las que se plantean como objetivo primario el hecho de *normalizar* sus vidas. Vid. Bank-Mikkelsen, N, E., *A metropolitan area in Denmark, copenhagen*, en Kugel, R. y Wolfensberger, W., (eds), *Changing patterns in residential Services for the mentally retarded*, whashington, D.C. President's Committee on mental retardation, 1969, En Español: Bank-Mikkelsen , N. E., *el principio de normalización*, en *siglo cero*, 37, p.16-21

servicios de atención que se destinan a la persona con discapacidad. Igualmente, es imprescindible para poder desarrollar una vida activa, que dichos servicios de atención estén en función de nuestras necesidades reales (es decir, algunas personas, sobre todo, con gran diversidad funcional, para llevar su vida activa e independiente, necesitan muchas horas de Asistencia Personal)¹⁹⁶. Entonces podríamos decir que los principios básicos de la Filosofía de vida Independiente son: los derechos humanos y civiles, la auto-determinación, la auto-ayuda, la capacidad para ejercer poder, la responsabilidad sobre la propia vida y acciones y el derecho a asumir riesgos¹⁹⁷.

Con respecto a esto, la convención establece que, con el fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, “los estados parte deberán adoptar medidas apropiadas para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías, y a otros servicios e instalaciones abiertas al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso en una serie de ámbitos”¹⁹⁸.

Efectivamente, esta necesidad de “derribar” los obstáculos es trascendental, para la inclusión de las personas con discapacidad, y el ejercicio de los derechos va a depender de alguna manera de que estos obstáculos vayan desapareciendo¹⁹⁹. Habrá que acentuar que estas “barreras” tienen un carácter transversal, y como tal, están presentes en todos los ámbitos de la sociedad. Como se ha subrayado “desde las perspectivas de los derechos humanos es importante luchar contra aquello que provoca la dificultad o la imposibilidad de su satisfacción, ya sea algo “natural” o algo “artificial”. La discapacidad en muchos casos, es fruto de la manera en la que hemos construido nuestro entorno, no sólo físico sino también intelectual y actitudinal. De ahí la importancia de algunos principios, como el de la

¹⁹⁶ ASPAYM-Madrid (Asociación de parapléjicos y personas con gran discapacidad física de la comunidad de madrid) se suma a la implantación de este movimiento y su filosofía, gestionando esta primera iniciativa, convirtiéndose en la primera asociación de personas con diversidad funcional española que promueve la Vida Independiente. <http://www.aspaymmadrid.org/>.

¹⁹⁷ Manifiesto del Foro de Vida Independiente, Madrid, 2002.

¹⁹⁸ Barrifi, Francisco y Palacios, Agustina, *Documento preliminar sobre principios y criterios que configuran el nuevo marco para el tratamiento de los derechos de las personas con discapacidad desde el contenido de la convención*. El objetivo que persigue a través de este breve texto es la identificación de los principios y criterios a partir de los cuales debe entenderse la aplicación e implementación de la convención y por ende de las normas que serán sujetas a análisis en implementación del presente proyecto, p.18.

¹⁹⁹ De Asís, R., Aiello, A., Barriffi, F., Campoy, I., y Palacios, A, *Sobre la accesibilidad universal en el derecho*, ob.cit. p.66

accesibilidad universal o del diseño para todos, desde los que se pretende superar los obstáculos o barreras que impiden el disfrute de los derechos”²⁰⁰.

Diremos que este principio de vida independiente, se encuentra muy relacionado con la idea de dignidad humana y autonomía, y se plasma en “el derecho de las personas con discapacidad a vivir dónde y con quienes quieran, y con servicios que faciliten su inclusión en la comunidad, incluida la asistencia personal”²⁰¹. Es decir, que “partiendo del reconocimiento de que el lugar natural de las personas con discapacidad no son las residencias o las instituciones estatales, sino sus propios hogares, y en conexión con el resto de los derechos, se logra una mayor autonomía y, sobre todo, una mayor inclusión social”²⁰².

Así la convención reconoce el derecho de las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás personas, para lo cual se requiere una serie de medidas que el mismo instrumento impulsa. A través del establecimiento de este principio, se ha dado respuesta a uno de los principales reclamos de las personas con discapacidad, que consiste en la posibilidad de formar parte de la toma de decisiones relativas a sus propias vidas. De este modo, dejan de ser vistas como meros pacientes, o de estar sometidas a políticas paternalistas injustificadas, en las que se las intenta suplir y apartar de la toma de decisiones en aquellas cuestiones que les incumben²⁰³.

Es por lo expuesto que el papel que juega la autonomía de la persona en el modelo promotor y en la convención, tanto como principio rector, como derecho y como valor, ha merecido una justa coherencia al momento de abordar el ámbito de la capacidad jurídica. Sin embargo, el papel de la autonomía no puede comprenderse cabalmente si no va asociado con otro principio elemental en el ámbito de la discapacidad y los derechos humanos, como es el principio de igualdad.

²⁰⁰ Ídem, p.57.

²⁰¹ Ciertas personas requieren de la ayuda personal de otra en sus actividades de la vida diaria, tales como el aseo personal y las necesidades fisiológicas, incluida la actividad sexual y los cuidados de enfermería, vestirse y desvestirse, hacer la compra, las tareas del hogar, o realizar gestiones. Pero además –y esto es muy importante- el servicio de asistencia personal apoya actividades fuera del hogar, tales como el estudio, el desempeño de un puesto de trabajo o el acompañamiento hasta dicho puesto, así como el apoyo en las comunicaciones e incluso en las actividades de ocio y tiempo libre. Maraña, J.J. y Lobato, M., “El movimiento de vida independiente en España”, en la obra *El movimiento de vida independiente*, Vidal García Alonso, J. -Coordinador-, Fundación Luis Vives, Madrid, 2003., pp. 259-280.

²⁰² Palacios, A. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación de la convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad*, ob.cit.p.349.

²⁰³ Charlton, J. I., *Nothing about Us without Us: Disability Oppression and Empowerment*. University of California Press, Berkeley, 1998.

3.2.2. Igualdad y no discriminación

En la concepción tradicional que reflejan las primeras declaraciones, la igualdad jurídica se considera como igualdad formal en un sentido mínimo en el que se entiende que exige generalidad de las leyes, igualdad ante la ley y no discriminación. Sin embargo desde el modelo que estamos presentando se promueve una igualdad que va más allá de la formal, por tanto habría que partir de criterios más complejos superadores del meramente formal, para hacer posible la aplicación del paradigma de la capacidad.

Ciertamente, la diferencia entre lo formal y lo material para hacer referencia a los valores en general, y a la igualdad en particular, no deja de ser controvertida. En determinadas ocasiones, “parece reservarse el calificativo de formal para lo que ya ha sido conseguido, y de material sustancial para lo que está pendiente de realización”²⁰⁴. De cualquier modo, sí parece que la igualdad formal supone un requerimiento frente al Derecho y al estado, a los que se exige no establecer diferencias entre entidades similares, esto es, entre sujetos y situaciones que poseen ambas la misma característica relevante en el contexto. Sin embargo, cuando se reivindica “la igualdad material, sustancial, o por qué no, real, se está, reclamando que el estado intervenga en la sociedad para modificar situaciones que deberían ser similares, pero no lo son. Esta intervención, puede requerir que en el Derecho se establezcan diferencias. Si la dicotomía se acepta en estos términos, es posible afirmar por un lado, que no todas las exigencias de igualdad material suponen quebrar la igualdad formal; y, por otro, que la igualdad material amplía el ámbito de la igualdad jurídica y, por tanto, supone un incremento del ámbito de operatividad del derecho”²⁰⁵.

En este mismo sentido, para Bloch la igualdad tiene un “significado omnicomprensivo (material-formal) que rebasa los límites jurídicos formales de la mera igualdad ante la ley, para implicar una superación de cualquier tipo de desequilibrio o diferencia social. De ahí, que en su opinión, la igualdad o es socialista o no es nada”²⁰⁶. Esta advertencia de Bloch es relevante, y debe de ser considerada, ya que nos conduce a

²⁰⁴ Ruiz Miguel, A., “La igualdad en la jurisprudencia del tribunal constitucional”, *Doxa* 19, 1996, (p 39-86) p.40.

²⁰⁵ Gianformaggio, L., “Eguaglianza ed differenza: son overamente incompatibili?”, en *Eguaglianza, donnediritto*, ed. De facchi, A; Farrali, C.; Pitch, T., Il Mulino, Bolonia, 2005, p.134. (p.125-161).

²⁰⁶ Bloch, E., *derecho natural y dignidad humana*, trad. cast. de González, V, Aguilar, Madrid, 1980, p. 166-167.

pensar que, dependerá del contexto político de un determinado ordenamiento, la eficacia de la aplicación del nuevo paradigma de capacidad. Diremos a modo de ejemplo que esta concepción omnicomprendensiva de la igualdad ha encontrado reflejo normativo en algunos textos constitucionales como el de Italia (Art.3)²⁰⁷ o el español de 1978 (arts. 9.2 y 14). En ellos se consagra la igualdad en su dimensión material y formal, sin que quepa, en dichos sistemas, restringir el ámbito operativo de la igualdad a una sola de sus dimensiones²⁰⁸.

En este sentido y a partir de este papel genérico de la igualdad en el derecho, cabe afirmar que las normas jurídicas tienen como una de sus finalidades el establecimiento de diferencia. El postulado de la diferenciación evita que el principio de la igualdad se traduzca en un uniformismo, que supondría tratar todo de la misma manera, cuando “los supuestos de hecho que suponen en la vida son tan distintos entre sí que no permiten medirlo todo por el mismo rasero”²⁰⁹. Así la igualdad en el desarrollo del derecho se relaciona con la idea de diferenciación, ya sea negativa o positiva. Este punto es relevante en el ámbito de la discapacidad y así lo ha entendido, el profesor Rafael De Asís, cuando ha puesto énfasis, en que “el análisis de la discapacidad en el derecho, debe ser abordado al hilo del examen del papel de la igualdad y, más concretamente, de la diferenciación positiva y negativa. Aunque normalmente se tiende a justificar sólo la diferencia y no el trato uniforme, seguramente por la presencia de la igualdad formal en el propio concepto del Derecho, tanto la diferenciación negativa cuanto la positiva presuponen un juicio de relevancia y de razonabilidad, y esto es precisamente lo esencial en su justificación”²¹⁰.

Diremos entonces que el principal criterio de relevancia es el respeto a la “capacidad moral y la satisfacción de necesidades básicas, se trata de un presupuesto de la discusión moral y por tanto de un requisito previo de toda medida de igualdad”²¹¹. Estos presupuestos de la relevancia y de la razonabilidad, están relacionados como no podría ser de otra manera con la idea de dignidad como fundamento de los derechos. Es imposible referirse al “discurso de los derechos si no tenemos en cuenta la exigencia de considerar a

²⁰⁷ Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, suhrkamp, 1986, Frankfurt a M.; existe trad.cast., Garzón Valdez, E., Teoría de los derechos fundamentales, centro de estudios constitucionales, Madrid, 1993, p.402 y ss.

²⁰⁸ Pérez Luño, A. E., *Dimensiones de la igualdad*. Ed. Dikynson, Madrid, 2005, p. 37.

²⁰⁹ Stein, E., Derecho político, trad. Castll.de Sainz. F., con nota preliminar de Rubio Llorente, F., Aguilar, Madrid, 1973, p.221.

²¹⁰ De Asís R., *la incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, educación derecho, y poder*. En los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas, y filosóficas. Campoy, I, (Ed) Ed. Dykinson. 2004, p. 71.

²¹¹ Ídem.

los seres humanos dotados de dignidad y si no presumimos la justificación de aquellas medidas que tienen como misión hacer posible el ejercicio de las capacidades y posibilidades a ellas conectadas”²¹², luego, no podríamos hablar de un reconocimiento real de los derechos, si no están presentes estos presupuestos.

Es por lo expresado que se hace necesario desarrollar aún más el criterio material de la igualdad, como herramienta clave que garantice la efectividad de los derechos ya existentes.

Es así como el modelo promueve una dimensión de la igualdad que está en armonía con el discurso de los derechos, y esta no es otra que la *igualdad de oportunidades*, y es aquí donde coincide nuevamente la filosofía del modelo promotor de capacidad con la del modelo social de discapacidad, entendiendo que esta dimensión es la más adecuada como medida para solucionar los problemas de inaccesibilidad de las personas con discapacidad, y como consecuencia de ello del resto de personas sin discapacidad. Así mismo, lo ha entendido la convención, quedando reflejada esta dimensión, en su art. 3, que recoge los principios generales que deben vincular a los estados en el desarrollo de políticas de atención a las personas con discapacidad estableciendo en su apartado letra e) *La igualdad de oportunidades*. Esta interpretación de los principios contenidos en la convención debe de quedar clara a la hora de adoptar el instrumento internacional, esto significaría poner en práctica todas las herramientas que sirvan de lucha contra la no discriminación, como las medidas de accesibilidad, sistema de apoyo en la toma de decisiones, ajustes razonables, herramientas que pasan a ser parte fundamental del derecho de no discriminación.

Diremos que la aplicación de esta dimensión, está siendo utilizada con mayor frecuencia por los ordenamientos jurídicos internos, debido a la influencia del derecho internacional de los derechos humanos. Así, “esta dimensión de la igualdad de oportunidades, de uso frecuente en el marco del liberalismo igualitario, justifica la adopción de medidas orientadas a eliminar los obstáculos que impiden a los individuos competir en condiciones de igualdad”²¹³. En buena medida, la reflexión sobre la igualdad de oportunidades supone aceptar que el Derecho no es neutral cuando se limite su reconocimiento.

²¹² Ídem.

²¹³ Barranco, M.C, *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, ob.cit, p. 36.

Efectivamente, con la aplicación de esta medida, de lo que se trata es de colocarnos a todos en un mismo punto de “partida” para competir en igualdad de condiciones. Es importante subrayar que no se trata de igualar en la línea de “meta”, ya que esta dependerá de otros factores que son más de índole personal (habilidades, talentos, destrezas, etc.). Deberán de ser las políticas públicas las que nos coloquen en el mismo punto de “partida”. Así también lo ha entendido Bobbio, que apunta a “situar a todos los miembros de una determinada sociedad en las condiciones de participación en la competencia de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo, partiendo de posiciones iguales”²¹⁴.

Hemos ido avanzando en la aplicación de esta dimensión ya que, “la igualdad de oportunidades representa el uso más consolidado de la igualdad en la práctica jurídica”²¹⁵. Así, desde el punto de vista jurídico el reconocimiento del principio de igualdad de oportunidades ha supuesto un paso de gran trascendencia en el progresivo afianzamiento de la dimensión material de la igualdad. Mediante esta dimensión se pretende, sobre todo, que el ambiente social no actúe como ambiente discriminatorio en el pleno desenvolvimiento de las capacidades personales. Por otra parte, Sartori señala que la igualdad de oportunidades no pueda ser otra cosa que igualdad en el disfrute de la libertad. Es, por tanto, aquí donde surge la controversia entre las tendencias liberales y democráticas; ya que mientras las primeras tal principio no puede ser otra cosa que garantía de igualdad, goce de la libertad, para la segunda es preciso que se garanticen los resultados igualitarios en el ejercicio de la libertad²¹⁶.

No obstante, conviene indicar que la igualdad de oportunidades, como ha señalado la profesora Barranco, puede revelarse insuficiente para asegurar la igualdad de derechos. En efecto, “es posible considerar situaciones en la que dos sujetos tengan las mismas oportunidades para competir, pero se produzcan circunstancias que hagan que de hecho, siempre ganen los sujetos de un determinado grupo”²¹⁷. Y ello es así porque en muchos casos, la reflexión sobre la igualdad se proyecta no ya sobre situaciones o prácticas concretas sino más bien sobre estructuras sociales. De ahí la relevancia, de que cuando hablamos de igualdad de oportunidades, se maneje un concepto amplio de oportunidades que integre también esta reflexión, sobre el problema de discriminación estructural. En

²¹⁴ Bobbio, N., *Igualdad y libertad*. de P. Aragón, Paidós, Barcelona.1993, p.78.

²¹⁵ De Asís, R. Cuenca, P., *Igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad*. En, 203-2012: 10 años sobre la legislación sobre no discriminación de las personas con discapacidad en España, ob.cit, p.62.

²¹⁶ Sartori, G., *democrazia e definizioni*, Il mulino, 4º ed. Bologna, 1976, p.214

²¹⁷ Barranco, M., *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, ob. cit, p.38.

este mismo sentido lo ha advertido, I.M Young, afirmando que “el concepto de oportunidad se refiere a la capacidad más que a la posesión; da cuentas del hacer más que del tener. Una persona tiene oportunidades si no se les impide hacer cosas y vive bajo las condiciones que le permiten hacerlas. Naturalmente tener oportunidades en este sentido implica a menudo tener posesiones materiales tales como comida, vestuario, herramientas, tierra o maquinarias. Sin embargo, el hecho de tener posibilidades o no tenerlas se refiere directamente a las reglas y prácticas que gobiernan nuestra acción, al modo en que otra gente nos trata en el contexto de las relaciones sociales específicas. Por tanto, evaluar la justicia social teniendo en cuenta si las personas tienen oportunidades no debe implicar evaluar un resultado distributivo, sino la estructura social que otorga o quita posibilidades a los individuos en situaciones relevantes”²¹⁸.

En definitiva, podemos decir que, “el fundamento, pero también buena parte del contenido de la igualdad de oportunidades, viene representado por la no discriminación”²¹⁹.

Efectivamente la *no discriminación* es otro de los principios que va unido al anterior. Puede decirse que estas son herramientas de cambio, que nos permitirán construir una sociedad más inclusiva. Prácticamente la no discriminación se ha transformado en “un derecho humano fundamental, relacionado con el principio de igualdad de oportunidades como elemento clave para la lucha contra la exclusión”²²⁰. Justamente podemos constatar desde hace un tiempo esta realidad, que tiene sus orígenes en las convenciones internacionales. Afirmaremos entonces que son intocables las normas que se asientan en el principio de no discriminación e igualdad de oportunidades, que van estableciendo mecanismos cada vez más eficaces y variados en el ámbito de la información, sensibilidad, acción política, y evaluación de resultados²²¹.

Esta amalgama de principios se ha convertido en un “escudo” protector de los derechos sobre todo de los grupos más vulnerables. Diremos que esta “concepción de discriminación que se ha abierto camino en el ámbito internacional, así como una buena parte de las técnicas del Derecho antidiscriminatorio, presuponen que la igualdad de

²¹⁸ Young, I.M., *La justicia y la política de la diferencia*. Ed. Colección feminismo, Universidad de Valencia, 2000, p.49 y 50.

²¹⁹ De Asís, R. Cuenca, P., *Igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad*. En, 203-2012: 10 años sobre la legislación sobre no discriminación de las personas con discapacidad en España, ob.cit, p.62

²²⁰ Huete, A, *La discriminación percibida por las personas con discapacidad. Análisis de situación a partir de la edad 2008*. En, 203-2012: 10 años sobre la legislación sobre no discriminación de las personas con discapacidad en España, ob, cit, p.27

²²¹ Ídem.

derechos trasciende la igualdad formal. De este modo, el comité de derechos humanos construye el concepto de discriminación a partir de la convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, y de la convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)²²².

Desde este nuevo paradigma de capacidad, se promueve la lucha contra la discriminación como principio, al *no integrar límites* en su construcción, presumiendo la igual capacidad de todas las personas. Según este modelo, no puede haber restricción al ejercicio de los derechos por motivos de discapacidad. Esta visión debe trascender a los ordenamientos jurídicos internos, ya que, de su entendimiento, dependerá la plasmación del paradigma de capacidad, propuesto por el modelo, que subyace en el art.12 de la CDPD.

La convención reafirma la titularidad de las personas con discapacidad en el disfrute de los derechos humanos y libertades fundamentales. Pero asimismo, establece ciertas herramientas y garantías específicas para el goce y ejercicio de estos derechos en igualdad de condiciones que el resto de las personas. Su objeto, en principio, no fue crear nuevos derechos, sino asegurar el uso del principio de no discriminación en cada uno de los derechos, para que puedan ser ejercidos en igualdad de oportunidades por las personas con discapacidad. Para ello, se debió identificar, a la hora de regular cada derecho, cuáles eran las necesidades extra que debían garantizarse, para lograr adaptar dichos derechos al contexto específico de la discapacidad. Así, si bien la no discriminación es un principio vital de la Convención, no debe olvidarse que dicho principio interactúa con cada uno de los derechos sustantivos que el instrumento regula²²³.

Lo anterior nos conduce a la primera faceta de la igualdad y no discriminación en la convención. Más allá de la proyección de este principio en los múltiples ámbitos, debe ser leída, interpretada y aplicada siempre desde el prisma de la no discriminación²²⁴.

²²² Barranco, M, *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, ob.cit. p.38.

²²³ Quinn, G., *The un Rights of Personas with Disability Treaty*. Conferencia pronunciada en ocasión del lanzamiento de la Convención, en Madrid, el 20 de Diciembre de 2006.

²²⁴ Consultation on Key Legal Measures for Ratification of The Convention on The Rights of Persons with Deshabilitéis, organizado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas, el 24 de octubre de 2008, Geneva, Palais des Nations, Room, XXI, Intervención de Agustina Palacios sobre “Medidas relacionadas con la igualdad y la no discriminación en la implementación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.”

Una vez asumida dicha mirada, el principio general de igualdad en la convención se construye a partir de la interpretación sistemática de ciertos artículos y puntos del preámbulo. El derecho a la igualdad constituye un pilar básico de la estructura de la convención, y tiene, por tanto, una aplicación transversal en todos sus artículos. Asimismo, hace varias referencias en el preámbulo que si bien no tiene el mismo valor jurídico que el texto propiamente dicho, es de gran valía a la hora de interpretar y aplicar el tratado. Es por ello que la misión básica de la igualdad no consiste en acabar con la diversidad, sino en hacerla posible para que no se produzca una discriminación injustificada. La igualdad debe ser concebida de manera positiva y en consecuencia, se deben generar políticas afirmativas, especialmente desde el poder judicial, que incluyan acciones de discriminación inversas dirigidas a la restauración de desigualdades históricas previas.

Dado los argumentos relatados, podría concluirse que la mayoría de los principios reconocidos en esta disposición son principios generalmente aceptados y reconocidos por la Comunidad Internacional de estados en su conjunto, por ejemplo: el respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; la no discriminación; la igualdad de oportunidades; o la igualdad entre el hombre y la mujer.

3.3. Justificación jurídica

Los antecedentes normativos conocidos a nivel internacional, en relación con las personas con discapacidad, no son abundantes y además en estos subyace un planteamiento médico-rehabilitador que precisamente venimos cuestionando. Sin embargo hace algunos años, con la aprobación de la CDPD, se ha producido un cambio en los paradigmas conocidos respecto a los derechos de las personas con discapacidad, presentándose un nuevo escenario, en donde estas personas son consideradas sujetos moralmente libres, siendo así, parte del discurso de los derechos.

Durante los primeros años de las Naciones Unidas no se encuentran tratados internacionales de derechos humanos que hagan referencia a los derechos de las personas con discapacidad, “ni la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ni el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales Culturales, ni los primeros tratados sobre grupos específicos, recogen

ninguna disposición que haga referencia a las personas con discapacidad y su situación de especial desventaja”²²⁵.

El primer instrumento de las Naciones Unidas en la esfera de la discapacidad fue la Resolución sobre “Rehabilitación social de los disminuidos físicos”, aprobada por el Consejo Económico y Social en 1950. El origen de esta resolución fueron dos informes relativos a discapacidades físicas presentados a la Comisión Social. Estos informes supusieron el punto de partida para el cambio de la perspectiva de beneficencia a la perspectiva rehabilitadora. Frente a las acciones “benéficas” y caritativas anteriores a partir de ahora se inician diferentes programas para lograr la “rehabilitación” a fin de “integrar” a las personas con discapacidad.

Otros antecedentes a destacar son: la “*Declaración de los derechos del retrasado mental*” por parte de las Naciones Unidas, a inicios de los setenta, en la que se reconocen derechos de forma específica a las personas con discapacidad y la declaración por la Asamblea General del año 1981 como “Año internacional de las personas discapacitadas”, con el objetivo de promover una mayor integración y participación de estas personas en la vida social. A su vez, la Asamblea General declaró la década de 1982 a 1992 como “Decenio Mundial de las personas con discapacidad”.

En los dos últimos decenios, el cambio hacia una perspectiva sobre la discapacidad basada en los derechos humanos ha contado con un buen respaldo en el ámbito de Naciones Unidas²²⁶. El mejor ejemplo de ello son las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad²²⁷. Podría decirse que a partir de este instrumento se ha comenzado a identificar a dicho colectivo como necesitado de protección, y se ha hecho hincapié, por un lado en la singularidad de sus derechos ante determinadas situaciones, pero por otro —y esto resulta fundamental— en la necesidad de

²²⁵ Sanjosé Gil, A, “El primer tratado de Derechos Humanos del siglo XXI: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, En *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2007) [http://www.reei.org/reei%2013/SanjoseGil\(reei13\).pdf](http://www.reei.org/reei%2013/SanjoseGil(reei13).pdf). Consultada el 10/08/2010, p.13.

²²⁶ Durante mucho tiempo, la discapacidad fue abordada en el seno de Naciones Unidas como una problemática de “desarrollo social”, es decir, fuera del ámbito específico de los órganos de derechos humanos del sistema. Felizmente, esta tendencia se ha revertido en las últimas décadas, a tal punto que nos encontramos en la actualidad viviendo un proceso de elaboración de una Convención específica sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad. Puede encontrarse información actualizada en <http://www.un.org/esa/socdev/enable/>.

²²⁷ Resolución Aprobada por la Asamblea General, Cuadragésimo octavo periodo de sesiones, de 20 de diciembre de 1993. (A/RES/48/96 Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities 85th Plenary Meeting 20 December 1993).

que el estado adopte medidas de protección especiales a los fines de garantizar el ejercicio de derechos universales por parte de dichas personas.

Dichas tendencias, asimismo, han tenido y tienen repercusiones a escala global, ya que más allá de la evolución en el marco del Derecho internacional, también los estados parte están avanzando en sus legislaciones internas hacia una perspectiva de la discapacidad basada en los derechos humanos²²⁸. Hasta la década de los años noventa, las leyes europeas receptaban un *modelo rehabilitador* respecto del fenómeno de la discapacidad. Como consecuencia de ello, en ciertas ocasiones, a las personas con discapacidad se les negaba —aunque no expresamente— el estatus de ciudadanos titulares de derechos, convirtiéndolas más bien en objeto de leyes caritativas.

Como ya se ha mencionado, por aquellos tiempos el movimiento de personas con discapacidad venía exigiendo derechos en lugar de beneficencia, y la respuesta jurídica se dio principalmente a través de leyes antidiscriminatorias, mediante las cuales se receptó un cambio de paradigma en lo relativo a las políticas de discapacidad²²⁹.

²²⁸ Degener T. y Quinn, G. “A survey of international, comparative and regional Disability Law Reform”, en From Principles to Practice, an International Disability law and Policy Symposium, 22 al 25 de octubre de 2000, organizado por DREDF. Accesible en la siguiente dirección: <http://www.dredf.org/symposium/degener1.html> Recientes investigaciones demuestran que más de 50 Estados han aprobado ya una legislación basada en la no discriminación y la igualdad de oportunidades en el contexto de la discapacidad.

²²⁹ A través de la sanción de la Ley 51/2003, España se ha sumado a esta nueva tendencia. Cfr. Ley 51/2003 de 3 de diciembre de Igualdad de Oportunidades, no discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad (BOE nº 289, de 03-12-2003). Esta Ley viene a complementar la antigua LISMI — Ley 13/1982, de Integración Social de los Minusválidos—, y es el resultado de un largo proceso emprendido en gran medida por las mismas personas con discapacidad y sus organizaciones representativas. Supone un gran cambio en la manera de abordar el fenómeno de la discapacidad, ya que plantea la misma desde su consideración como una cuestión de derechos humanos. Desde la exposición de motivos se reconoce que las desventajas que muchas veces sufre una persona con discapacidad tienen su origen en sus dificultades personales, pero también —y sobre todo— en los obstáculos y condiciones limitativas que en la propia sociedad, concebida con arreglo al patrón de la persona media, se oponen a la plena participación de estos ciudadanos. En el mismo sentido, explica el texto legal que los cambios operados en la manera de entender el fenómeno de la “discapacidad” y, consecuentemente, la aparición de nuevos enfoques en el tratamiento de la misma, generan la necesidad de elaborar nuevas estrategias tendientes a operar de manera simultánea sobre las condiciones personales y sobre las condiciones ambientales que rodean a las personas con discapacidad. Desde esta perspectiva se plantean dos estrategias de intervención relativamente novedosas que convergen en forma progresiva: esto es, la lucha contra la discriminación y la accesibilidad universal. Como puede advertirse, desde la misma exposición de motivos se reconoce la influencia del modelo social, ello en cuanto la norma hace referencia a las limitaciones sociales, la nueva manera de afrontar el fenómeno de la discapacidad, y la consecuente necesidad de que se elaboren nuevas estrategias. Asimismo, el artículo 2 de la norma reconoce su inspiración en una serie de principios, que reflejan de manera evidente las ideas esbozadas desde el modelo social: estos son, vida independiente, normalización, accesibilidad universal, diseño para todos, diálogo civil y transversalidad de las políticas en materia de discapacidad.

Es así como Degener y Quinn distinguen tres períodos en cuanto a las políticas legislativas modernas, que se dieron en el ámbito de las leyes nacionales europeas²³⁰.

El primer período se sitúa tras la Primera Guerra Mundial, al introducirse la legislación de servicios sociales para los veteranos de guerra con discapacidad²³¹. El segundo período comienza en la década de los años sesenta, extendiendo la legislación de servicios sociales a todas las personas con discapacidad²³². Por último, un tercer período, que comenzó en los años noventa, cuando algunos países europeos adoptaron una legislación antidiscriminatoria para las personas con discapacidad.

No resulta difícil advertir que los primeros dos períodos mencionados reflejaban la filosofía del modelo rehabilitador. Las personas con discapacidad recibían beneficios de los servicios sociales porque la “discapacidad se veía exclusivamente como un problema individual de la persona, quien no era capaz de enfrentarse a la sociedad. De este modo — entre otras consecuencias— los niñas y niños con discapacidad tenían derecho a la educación, pero en escuelas separadas, las personas con discapacidad tenían derecho a la rehabilitación, pero ello incluía el control de muchas áreas de sus vidas por parte de los expertos, el acceso al trabajo se restringía al protegido, y así, la lista de ejemplos podría ser muy extensa”²³³.

Por otro lado, “el camino hacia la perspectiva basada en los derechos humanos se pone de manifiesto también en el hecho de que las instituciones nacionales encargadas de la promoción y protección de los derechos humanos han comenzado a interesarse por las cuestiones relativas a la discapacidad”²³⁴. La importancia de esto radica en que estas instituciones ayudan a tender un puente entre el derecho internacional relativo a los

²³⁰ Degener, T. y Quinn, G. *A survey of international, comparative and regional Disability Law Reform*, en *From Principles to Practice, an International Disability law and Policy Symposium*, 22 al 25 de octubre de 2000, organizado por DREDF. Accesible en: <http://www.dredf.org/symposium/degener1.html>.

²³¹ Estas leyes de servicios sociales reflejaban la obligación de la sociedad de compensar a los veteranos de guerra mediante pensiones de invalidez, beneficios de rehabilitación y cuotas laborales.

²³² Si bien estas leyes seguían basándose en la caridad, el paso que se dio se encontraba dirigido a dejar de lado la causa de las diversidades funcionales. La meta pasó a ser rehabilitar a las personas con discapacidad sin tener en cuenta entonces el origen de las diversidades funcionales. Los contenidos o herramientas esenciales pasaron a ser la educación especial, beneficios de rehabilitación médica y vocacional, cuotas laborales y servicios de asistencia institucionalizados.

²³³ Palacios, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, ob.cit. p. 207.

²³⁴ Ídem.

derechos humanos y los debates internos sobre la legislación a favor de las personas con discapacidad y la reforma de la política²³⁵.

Como se aprecia hemos avanzado en la protección de los derechos de las personas con discapacidad, hasta la aprobación de la CDPD, documento de carácter vinculante que refleja la disposición por parte de los estados signatarios (como es España) de asumir compromisos al interior de sus legislaciones a fin de promover las condiciones necesarias para dar pleno reconocimiento de derechos a las personas con discapacidad. Por otro lado, a la luz de la constitución española se ha de tener en cuenta el artículo 10.2 en el Título I, el cual hace referencia a la obligación de los jueces y tribunales de interpretar los derechos fundamentales de conformidad con los textos internacionales y europeos, obligando a adoptar como criterios hermenéuticos los derivados de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, además de los Tratados Internacionales y los Acuerdos suscritos por España²³⁶.

Se ha señalado que el instrumento internacional, instala a la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, provocando un cambio de perspectiva, haciendo evidente la necesidad de garantizar el ejercicio de sus derechos. Es así como el artículo 12.2 de la Convención señala que, *los Estados parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones como las demás en todos los aspectos de la vida*. Esta afirmación ha provocado un debate acerca de esta nueva concepción de capacidad, o mejor dicho de esta nueva manera de entender el concepto. Así, quedó manifiestamente en evidencia en los momentos previos a la adopción del texto final de la convención, el artículo 12 sobre capacidad jurídica y personalidad jurídica provocó grandes disputas, desde el momento en que hubo conciencia del potencial cambio que dicho artículo podría generar, al poner en evidencia las limitaciones de la idea de capacidad (como es concebida hasta hoy) y la necesidad de trabajar en una re conceptualización de la misma²³⁷.

²³⁵ Quinn, G. y Degener, T., Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad, Documento Naciones Unidas HR/PUB/02/1, Nueva York y Ginebra, 2002, p.12. El proceso de reforma en la legislación sobre discapacidad ha viajado por todo el mundo.

²³⁶ Sanjosé Gil, A., “El primer tratado de Derechos Humanos del siglo XXI: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, ob.cit.p.15.

²³⁷ Palacios, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, ob.cit. p.402.

El modelo promotor en consonancia con estos planteamientos, también propone un cambio de perspectiva en relación a la capacidad, desde los derechos, estableciendo *la igualdad jurídica en el ámbito de la capacidad, para todas las personas*.

Como consecuencia de esta propuesta, se deviene un cambio, respecto de las instituciones que defiende el modelo paternalista, presentes en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Estamos hablando de modificar instituciones “clásicas” del derecho civil romano, en el ámbito de la capacidad: la tutela, la curatela, y el procedimiento de “incapacitación”. Ya que en su contenido, se alejan sustancialmente de la visión de los derechos, que han adoptado tanto el modelo promotor como la propia CDPD.

El escenario que presentan hoy, los ordenamientos domésticos en relación con la capacidad, lo podemos resumir en las siguientes líneas. La personalidad jurídica se identifica con la capacidad de ser reconocido como persona ante la ley y, por tanto, constituye un requisito previo o una precondition indispensable para la adquisición de derechos y deberes²³⁸. Según lo dicho, hay un tratamiento binominal, “por lo que respecta a la noción de capacidad jurídica, cabe diferenciar, a su vez, dos dimensiones o elementos. De un lado, un elemento estático o pasivo que hace referencia a la capacidad o idoneidad para ser sujeto o titular de derechos (capacity of rights). Y, de otro, una dimensión dinámica o activa que alude a la aptitud de los sujetos para ejercer por sí mismos dichos derechos (capacity of act)²³⁹. En los ordenamientos jurídicos de base latina –como el ordenamiento jurídico español– se establece una distinción entre personalidad jurídica, capacidad jurídica y capacidad de obrar²⁴⁰.

La capacidad de ejercer los derechos, también los derechos fundamentales, (capacidad de obrar en el sistema español) se entiende que puede ser limitada o restringida

²³⁸ Informe presentado por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre Capacidad Jurídica para la Sexta reunión del Comité Especial de la Convención sobre discapacidad <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/documents/ahc6ohchrlegalcap.doc>. Consultada el 23/08/2010.

²³⁹ Este es el modelo seguido en el Derecho francés que distingue en la capacidad jurídica entre capacidad de goce y de ejercicio y que inspira gran parte de los ordenamientos latinoamericanos.

²⁴⁰ Vid. entre otros, De Castro, F., *Derecho civil de España*, T.II, Civitas, Madrid 1984, p. 3 y pp. 49 y 50 y Díez-Picazo, L., *Sistema de derecho civil*. Volumen I, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2003. Sobre la temática de la capacidad jurídica y la discapacidad, Vid. Soto Ruiz, J.J. “El estatus jurídico de las personas con discapacidad en las leyes de cabecera del ordenamiento jurídico privado”, En De Lorenzo, R y Pérez Bueno L.C. (dirs.), *Tratado sobre Discapacidad*, Thomson, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 577-622 y Pérez de Ontiveros, C. *La capacidad jurídica y la capacidad de obrar: el artículo 12 de la Convención, sus implicaciones en el Derecho Privado español, Capacidad Jurídica y Discapacidad*. Un Estudio de Derecho Privado Comparado a la luz de la Convención Internacional, Cuaderno de trabajo núm. 7, España: Derecho Común, Congreso Permanente sobre Discapacidad y Derechos Humanos, Madrid, 2009.

por razón de determinados rasgos “personales” o “naturales”²⁴¹ que se considera impiden a los sujetos autodeterminarse libremente de manera consciente y responsable. Entre ellos – como consecuencia de la adopción del modelo médico en el tratamiento de este fenómeno– se incluye en la práctica la totalidad de los sistemas jurídicos.

Esta visión más restringida de la autonomía, propia del modelo paternalista de capacidad, y del modelo médico-rehabilitador (de discapacidad) han permitido la pervivencia de prejuicios y estereotipos hacia las personas con discapacidad, que tienden a ser percibidas como personas limitadas en su capacidad moral²⁴², y en su contribución social cuando en muchas ocasiones poseen un nivel “normal” las capacidades “estándar”-y especialmente la capacidad racional-requeridas para escoger libremente sus propios planes y proyectos de vida y pueden resultar “útiles” para la comunidad²⁴³. Podemos decir entonces que la noción de capacidad conocida hasta ahora, está construida básicamente sobre estándares normativos respecto de habilidades cognoscitivas, y en base a estas, se han justificado los límites al ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo debemos decir de que, “esa prioridad que se otorga sobre las habilidades cognoscitivas, es cuestionable, dado que, no todos nosotros utilizamos dichas habilidades para tomar nuestras decisiones ¿Aquellos que nos basamos en emociones o en intuiciones para tomar nuestras decisiones deberíamos ser considerados como incapaces? El derecho, al otorgar primacía a cierta manera de ser o estar en el mundo parece estar fabricando “etiquetas” de incapacidades. Si la presunción deriva del modelo en que el derecho aborda los diferentes tipos de inteligencia, entonces evidentemente la convención, requiere de un cambio de dicha presunción y del reconocimiento de dichas diferencias. Dicho proceso podría iniciarse si la convención estableciera inequívocamente que todas las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica”²⁴⁴.

²⁴¹ Así, en el ordenamiento jurídico español la capacidad de obrar no es la misma para todos, sino que se presenta como contingente y variable en función de las condiciones personales de los sujetos, A. Gullón Ballesteros, *Capacidad jurídica y capacidad de obrar*, ob.cit., p. 14.

²⁴² Palacios, A., *el modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación n la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, ob.cit., p.51 y 52.

²⁴³ Nussbaum, M., *las fronteras de la justicia, consideraciones sobre la exclusión*, trad. De Ramón Villa y Albino Santos, Ed. Paidós, Barcelona, 2007, p 117. En estos casos el problema es “atípico” se resuelve asimilando a estos individuos a los negociadores exitosos, demostrando que poseen las mismas capacidades y que su actuación puede generar frutos sociales y estableciendo, en su caso, medidas que compensen la exclusión histórica que han sufrido orientadas a que la “negociación” se lleve a cabo sobre una base más equitativa, Silvers y Francis, (2005): 42.

²⁴⁴ Intervention International Disability Caucus sobre “Cognitive Capabilities Privileged in Legal Constructions of Capacity”. En *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación de*

Estas “etiquetas” de incapacidad, tienen su fundamento en las ciencias de la salud mental, que sirven de justificación a los ordenamientos para limitar el ejercicio de los derechos. Históricamente, el objetivo principal de todo sistema de clasificación (medición de las habilidades cognitivas) en este campo (de la salud mental) ha consistido en intentar comprender la naturaleza de la discapacidad así como sus implicaciones para el diagnóstico y la intervención, por lo que las categorías diagnósticas han sido formuladas en términos de *modelos médicos* convirtiéndose en cierto modo en “compartimentos estancos” al asumir que el hecho de pertenecer a una de ellas implicará un mismo tipo de necesidades, o en “pasaportes” para el acceso a diferentes recursos y servicios²⁴⁵.

Uno de los inconvenientes tradicionalmente señalados con respecto al empleo de sistemas de clasificación ha sido el conocido problema del “etiquetaje” y su posible incidencia sobre la autoestima de la persona con discapacidad. No obstante, como señala Verdugo²⁴⁶, las categorías diagnósticas no tienen por qué tener en sí mismas un cariz negativo, sino que pueden adquirirlo cuando son utilizadas de un modo peyorativo, hecho bajo el cual suele residir un problema actitudinal. Es lo que ha sucedido hasta hoy en la sociedad, estos “estigmas”, han provocado una suerte de rechazo y discriminación hacia las personas con discapacidad sobre todo la intelectual, teniendo una visión sesgada sobre la *situación* de aquellas personas, catalogándolas como “enfermas”, a sabiendas que la diferencia en capacidades no involucra a priori un enfermedad mental²⁴⁷. Es así como, la restricción actual de la capacidad de obrar se apoya en una serie de rasgos que definen a un individuo (enfoque de la identidad) y desde lo que se limita su actuar jurídico. Así por ejemplo, el declarado “incapaz”, en el ámbito jurídico español, lo es por los rasgos que la identifican y no por hábitos, estructuras o situaciones sociales (tal y como queda claro en el art.200, del Código civil o en el art.25 del Código Penal Español.)²⁴⁸.

Hemos avanzando en los últimos años desde la ciencias de la salud mental, proyectando un nuevo enfoque sobre la discapacidad intelectual, considerando otras

la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, Palacios. A, ob.cit, p.432.

²⁴⁵ Navas P, Verdugo. M.A, y Gómez, L.E., *Intervención Psicosocial*, ob. cit, p.15.

²⁴⁶ Verdugo, M. A., “Análisis de la definición de discapacidad intelectual de la AAMR de 2002”. *Revista Siglo Cero*, 34 (1), 2003, p. 5-20.

²⁴⁷ Ídem.

²⁴⁸ De Asís R, Y Cuenca, P., *La igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad*, En: 2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de las personas con discapacidad en España. ob.cit., p. 72.

dimensiones de la persona, al momento de “medir” sus habilidades cognitivas, denominado enfoque o modelo *multidimensional*, dejando atrás sistemas de clasificación que contemplan únicamente como criterio, bien la etiología de la discapacidad, bien medidas de inteligencia o conducta adaptativa exclusivamente, para centrarnos en las cinco dimensiones ya propuestas por la AAIDD (American Association on Intellectual and Developmental Disabilities.) en 2002, (funcionamiento intelectual, conducta adaptativa, salud, contexto e interacciones, participación y roles sociales) sin olvidar la necesidad de tener en cuenta el perfil de los apoyos necesarios²⁴⁹.

Si atendemos a la dimensión ‘funcionamiento intelectual’, tradicionalmente, las puntuaciones de cociente intelectual (en adelante CI) han sido el criterio en base al cual se ha clasificado a las personas con discapacidad intelectual diferenciando categorías como las ya conocidas ligera, moderada, severa y profunda²⁵⁰. No obstante, con el paso del tiempo, el peso de tales puntuaciones se ha visto reducido gracias al desarrollo de otras dimensiones que reflejan la importancia de la interacción de la persona con su entorno, como son las de *conducta adaptativa*, el contexto o los roles sociales²⁵¹.

La reducción del peso de las puntuaciones de CI a la hora de realizar el diagnóstico de discapacidad intelectual se ha visto acompañada por el desarrollo cada vez mayor de otra serie de dimensiones a tener en cuenta de cara a la evaluación que reflejan el carácter social de la misma. Este es el caso de la dimensión ‘Conducta adaptativa’, actualmente definida como “el conjunto de habilidades conceptuales, sociales y prácticas que han sido aprendidas por las personas para funcionar en su vida diaria”²⁵². Es por ello que el concepto de *apoyos* esté adquiriendo una relevancia fundamental de cara a evaluar el funcionamiento individual en todas y cada una de las dimensiones propuestas por el *modelo multidimensional* de la AAIDD.

Entendemos por *apoyos* aquellos “recursos y estrategias cuyo propósito es promover el desarrollo, la educación, los intereses y el bienestar personal y que mejoran el funcionamiento individual”²⁵³, que resultará de la interacción de los mismos con todas y

²⁴⁹ Navas P, Verdugo, M.A, Gómez, L.E , “Diagnostico y clasificación en discapacidad intelectual”. En la *Intervención psicosocial* v.17 N° 2, Madrid, 2008.

²⁵⁰ Ídem.

²⁵¹ Ídem.

²⁵² Luckasson, R., Borthwick-Duffy, S., Buntix, W., Coulter, D. L., Craig, E. M., Reeve, A., Schalock, R. L., Snell, M., Spitalnik, D. Spreat, S. y Tassé, M. . Retraso mental. Definición, clasificación y sistemas de apoyo, Ed, Alianza Madrid 2004 P.97.

²⁵³ Ídem, p.179.

cada una de las dimensiones que definen la discapacidad intelectual²⁵⁴ por lo que su evaluación ha de centrarse en los cambios observados en dicho funcionamiento una vez ofrecidos los apoyos necesarios. Para ello, actualmente contamos con la *escala de intensidad de apoyos*, SIS²⁵⁵ dirigida a realizar una evaluación funcional vinculada directamente a las necesidades de la persona y cuyas propiedades psicométricas han puesto de manifiesto su idoneidad para medir la intensidad de los apoyos de adultos con discapacidad intelectual, convirtiéndose en un instrumento de gran ayuda en la planificación centrada en la persona²⁵⁶. Estos avances nos permiten decir, de que poco a poco, hay un reconocimiento y valoración sobre otras dimensiones, que son parte de la naturaleza humana, y que al ser consideradas podemos ampliar la posibilidad de conocer, comprender e interpretar, deseos y preferencias, de aquellas personas que tienen formas distintas de manifestar su voluntad.

Otra de las justificaciones que se manejan en los ordenamientos internos, para limitar el ejercicio de los derechos, es priorizar el principio de seguridad jurídica, que tiene por finalidad controlar el tráfico jurídico, que también es cuestionable. Debemos decir que la mayoría de las actuaciones en el ejercicio de los derechos encuentran su origen en el ámbito privado del derecho, ya sean a través de actos o contratos jurídicos, donde se requiere de la manifestación de la voluntad. Por tanto el ordenamiento debe velar porque estas celebraciones tengan el carácter de validez, debiendo así cumplir con las exigencias requeridas por la normativa. Quienes no cumplan con estos requisitos (ausencia de voluntad), deberán ser sustituidos en su voluntad por un tercero, y este deberá velar por su “mejor interés. Esta justificación plantea problemas, ya que por lo general esta seguridad es proyectada hacia la protección de los bienes patrimoniales más que a la propia persona, lo se pretende con la sustitución de la voluntad, es precisamente asegurar la “buena” administración de esos bienes, quedando en segundo plano, precisamente los intereses de la persona sustituida en su voluntad. Esto tiene su fundamento en la misma estructura del ordenamiento jurídico kelseniano, en donde el valor de la seguridad jurídica, es el fin último del Derecho.

²⁵⁴ Verdugo, M. A., Arias, B. e Ibáñez, A. SIS. *Escala de Intensidad de Apoyos*. Manual. Adaptación Española. Madrid: TEA.2007.

²⁵⁵ Ídem.

²⁵⁶ Ídem.

Es por ello que el modelo promotor se propone una re conceptualización respecto a la noción clásica de capacidad, *promoviendo el ejercicio de los derechos de todos*, rompiendo con el mito de la doble dimensión, que contiene un rasgo discriminatorio y excluyente. Es por ello, que se proyecta avanzar en la reconstrucción de una nueva concepción de capacidad, que tenga un carácter más inclusivo, y no discriminatorio. Advirtiéndose, de que habrá algunas personas que tengan más dificultad que otras en el proceso de toma de decisiones, y que requieran de los apoyos adecuados que ayudarán a manifestar, los deseos y preferencias, de las mismas.

Esta nueva visión de carácter *unidimensional* de la capacidad, (que incluye tanto la capacidad jurídica y de ejercicio), obliga a su vez, a la construcción de un nuevo procedimiento, que tenga como objetivo *potenciar* la autonomía, y “rescatar” la voluntad por mínima que sea, ayudando en el proceso de toma de decisiones a aquellos que lo requieran; dejando atrás el procedimiento de “incapacitación”, que tenía como objetivo declarar la “incompetencia” de la persona con discapacidad.

Según el modelo, este nuevo procedimiento basado en el principio de igualdad y no discriminación, deberá respetar la autonomía e independencia en el proceso de toma de decisiones. Para lograr este objetivo, el nuevo procedimiento, deberá al menos, contener los siguientes lineamientos generales:

(i) Debemos dejar de lado la visión del modelo *médico - rehabilitador* de la discapacidad, que la concibe como un problema centralmente *individual* que tiene su causa principal en las “limitaciones” originadas por el “padecimiento” de una deficiencia provocada por un accidente, enfermedad o condición de salud. De acuerdo con la nueva óptica, que es promovida por el modelo social, diremos que, no son las limitaciones individuales ocasionadas por las deficiencias las que discapacitan, sino las limitaciones de una sociedad que no toma en consideración a las personas con discapacidad estableciendo barreras que las excluyen y discriminan²⁵⁷. Ambos modelos, (promotor y social) rechazan la ideología de la normalización al considerar que la idea de normalidad no es neutra (sino algo impuesto por quienes responden a los parámetros físicos y psíquicos del estereotipo culturalmente dominante). Por tanto, este procedimiento no deberá buscar ya más, la

²⁵⁷ Informe elaborado dentro del Programa *El Tiempo de los derechos*, núm.23, Consolider-Ingenio 2010, por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” en el marco del Proyecto “Estudio, implementación y seguimiento sobre Capacidad Jurídica de la CDPD en los ordenamientos jurídicos locales” coordinado por la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, p.8.

“incompetencia”, por razones de discapacidad, basada en rasgos *individuales* sino que por el contrario, deberá *potenciar* la autonomía, que favorezcan el libre ejercicio de los derechos.

(ii) El modelo considera que “no hay capacidades que valgan más que otras ni maneras correctas de desarrollarlas; que la sociedad no está compuesta por sujetos capaces e incapaces, sino por sujetos con “capacidades diversas” que pueden tener más o menos dificultades para tomar sus propias decisiones y necesitar diferentes niveles de asistencia en su adopción; y que tales dificultades pueden traer causa no tanto de los rasgos de las personas sino de las situaciones en las que éstas se encuentran y de la manera en la que hemos diseñado el entorno físico, intelectual etc.”²⁵⁸.

Por tanto, estos apoyos, deben diseñarse de un *modo abierto e inclusivo*, pensando en todas las personas que puedan tener dificultades para ejercer su capacidad jurídica y no sólo para las que tienen un determinado tipo de discapacidad, respetando así, la heterogeneidad del mundo de este colectivo. Debe ser *amplio*: los mecanismos de asistencia deben proyectarse en todas aquellas esferas en las que las personas requieran apoyo en la toma de sus decisiones y mantenerse –con las debidas revisiones– mientras sean necesarios. Deben ser aplicados de manera *gradual*, reflejando las distintas situaciones que puedan presentarse, entendiendo la diversidad del colectivo, colocando todas las herramientas necesarias para potenciar la capacidad. El nuevo procedimiento debe ser diverso, individualizado, adaptado y “centrado en la situación de la persona: este nuevo procedimiento de apoyo en la toma de decisiones debe adaptarse a las diferentes situaciones personales y sociales teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tipo de figura de apoyo y el tipo de acto jurídico implicado”²⁵⁹. Según esto, habrá apoyos de carácter más *general*, y otros de carácter más *específicos*, que deberán adecuarse a las situaciones que se presenten en dicho proceso. Debemos aclarar, que no se trata de una sustitución en la toma de decisiones como en el pasado, se trata de que las decisiones sean tomadas “con” un tercero que asiste, y no “por” el “asistido”, es precisamente en donde radica la diferencia entre y otro modelo, en la función que cumple este tercero al momento de tomar la decisión.

²⁵⁸ Ídem.

²⁵⁹ Ídem.

(iii) Debe involucrar a toda la sociedad. No solo el “Estado y sus diferentes autoridades deben velar por el adecuado funcionamiento del sistema de apoyo, sino que también los sujetos privados deben contribuir”²⁶⁰. Por esta razón la educación y la capacitación de los profesionales que actúan en diferentes áreas (jurídica, médica, económica, laboral, social, etc.) es fundamental, respetando, los deseos, preferencias y voluntad de las personas, que deben ser siempre tenidos en cuenta, también en la propia elección de las medidas y de la propia figura de apoyo.

En síntesis, este nuevo procedimiento debe orientarse a favorecer y potenciar al máximo el ejercicio de los derechos por parte de las personas a las que se asiste y ser plenamente respetuoso con los mismos. Relacionado también con los rasgos anteriores, importa señalar que los mecanismos de apoyo –en contra de lo defendido desde algunos planteamientos– deben proyectarse sobre cuestiones relacionadas con el ejercicio de derechos fundamentales pues no se trata de medidas restrictivas, como sucede en el caso de las medidas de sustitución, sino de medidas promocionales que se orientan a potenciar al máximo su ejercicio. Ya no buscar la “incompetencia” de las personas con discapacidad, terminando con otro mito atentatorio de los derechos del colectivo, que era el de *presumir la incapacidad*, “fundamentado en rasgos abstractos y genéricos que atienden exclusivamente al plano individual sin que se tomen en consideración condicionamientos sociales y las dimensiones colectivas que se proyectan sobre ellos, las desigualdades de hecho existentes entre los sujetos morales y los impedimentos reales que dificultan el logro y el ejercicio de la autonomía y la independencia”²⁶¹. Con esta nueva visión se generan espacios de mayor libertad, en donde todos puedan llegar a tener el control sobre sus propias vidas, de la manera más autónoma e independiente posible.

Si bien parece existir a esta altura un importante consenso, acerca de que el procedimiento de “sustitución” debe ser reemplazado, nos queda sin embargo seguir desarrollando los fundamentos teóricos del nuevo procedimiento, y mucho más aún los métodos instrumentales de implementación de dicho procedimiento.

En la misma sintonía el artículo 12 de la Convención establece un cambio fundamental en la manera de abordar la cuestión de la capacidad jurídica en aquellas

²⁶⁰ Ídem.

²⁶¹ De Asís, R., *la incursión de la discapacidad en el discurso de los derechos : posibilidad, elección, derecho, y poder*, En Campoy, I (ed), *Los derechos de las personas con discapacidad ; perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, ob.cit., p.68.

situaciones en las que una persona con discapacidad puede necesitar la ayuda de un tercero. Este cambio puede ser denominado como el paso del modelo de “sustitución en la toma de decisiones” al modelo de “apoyo o asistencia en la toma de decisiones”. Mientras el sistema tradicional tiende a un modelo de “sustitución en la toma de decisiones”, el modelo de derechos humanos basado en la igualdad y en la dignidad intrínseca de las personas, en el que se basa la convención, aboga por un modelo de “apoyo en la toma de decisiones”.¹²²

En este sentido, a la vista de la Convención, parece oportuno extender al campo de la discapacidad mental e intelectual, la misma estrategia utilizada para la diversidad física. Como es sabido, el tratamiento de esta se apoya en un principio general como es la accesibilidad y un principio individual como es el de los ajustes razonables.²⁶² El profesor Rafael de Asís, manifiesta al respecto que, “el ajuste razonable surge a partir de la expresión de la necesidad concreta de una persona con discapacidad, excluida o limitada por la inaccesibilidad del entorno, o por la imposición de pautas mayoritarias que dificultan su acceso a un bien o servicio. En este sentido, la accesibilidad es la situación a la que se aspira, el diseño para todos, una estrategia a nivel general para alcanzarla, y los ajustes razonables una estrategia a nivel particular, cuando no ha sido posible prever desde el diseño para todos. Pues bien, este mismo esquema puede funcionar con la capacidad jurídica”²⁶³

El autor continúa aclarando que pueden existir situaciones que exijan un ajuste en el ejercicio de esa capacidad. La necesidad de “realizar ajustes razonables surge, en el ámbito de la discapacidad física, porque no siempre será posible diseñar y hacer todos los productos o servicios de forma que puedan ser utilizados por todo el mundo; porque en ciertas ocasiones habrá personas que no podrán utilizar un producto o un servicio determinado, o que requieran de una modificación o adaptación especial en el modo de realizar una tarea o de recibir una información. Y algo parecido puede ocurrir en el campo de discapacidad mental e intelectual, en el que una persona puede necesitar el apoyo (el ajuste) de alguien”²⁶⁴.

²⁶² De Asís Roig R., Aiello, A, L., Barriffi, F., Campoy, I., Palacios, A., *Sobre la accesibilidad universal en el derecho*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007.

²⁶³ De Asís Roig, R., *sobre la capacidad*, Madrid, 2009, ob.cit. p.6. . Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto Consolider-ingenio 2010. “*El Tiempo de los Derechos*”, csd2008-00007, y en el proyecto “El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español”.

²⁶⁴ Ídem.

Debemos subrayar que la accesibilidad no solo es una herramienta imprescindible para lograr la igualdad real de las personas con discapacidad, sino que es una medida fundamental de prevención de situaciones de discapacidad. La CDPD, asume claramente esta idea, al establecer en el preámbulo que los “*Estados parte reconocen que la discapacidad es un concepto en evolución, y que la discapacidad es el resultado de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras ambientales y actitudinales que impiden su participación en igualdad de condiciones que las demás*”. Y en este punto, el modelo social plantea las razones que hacen que un sujeto se encuentre en una *situación* de “discapacidad”.

Debemos de aclarar que este enfoque de la *situación* al cual se ha hecho referencia, también es el que ha manejado por el modelo promotor para justificar la igualdad de los derechos de las personas con discapacidad, podríamos decir que este enfoque “utiliza la diferenciación positiva para conseguir la igualdad, o sea, se centra en la situación en la que se encuentran determinadas personas o colectivos y demanda el reconocimiento de derechos a estas personas para corregir esa situación, mientras el enfoque de la *identidad* utiliza la diferenciación positiva para proteger la diversidad, o sea la identidad aparece como una razón que justifica la atribución de derechos”²⁶⁵.

Aunque la construcción de este enfoque de *situación* parte de una limitación, ésta no tiene por qué tomarse como un estado de anomalía de un individuo, sino más bien, como un estado de anomalía de la sociedad²⁶⁶. Tal como lo plantea el modelo social. Siguiendo esta lógica podemos decir que, “todas las personas integramos este mundo e interactuamos dentro de éste, de tal manera que, aunque existan barreras específicas respecto de determinadas *situaciones*, todos nosotros podemos enfrentarnos con alguna”²⁶⁷.

Efectivamente, hoy en día la accesibilidad, debido a la influencia del enfoque del modelo social, “ha dejado de ser abordado desde la toma de medidas especiales dentro de un proceso de rehabilitación individual de un sujeto (modelo medico-rehabilitador), pasando a serlo desde la búsqueda de respuestas adecuadas, en condiciones de igualdad, a las necesidades de todas las personas”²⁶⁸. Esto significa que la accesibilidad está siendo

²⁶⁵ De Asís, R. Cuenca, P., *Igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. En, 203-2012: 10 años sobre la legislación sobre no discriminación de las personas con discapacidad en España*, ob.cit, p.73.

²⁶⁶ Ídem.

²⁶⁷ Las barreras que se enfrentan las personas con discapacidad difieren de las barreras que se enfrentan las mujeres, por ejemplo en las derivadas de determinadas clase de perjuicio.

²⁶⁸ De asís R, y Palacios, A., *Derechos humanos y situación de dependencia*, ob.cit., p.61.

considerada desde una visión más omnicomprensiva, que no se limita ni relaciona exclusivamente con las personas con discapacidad. Debido a como ha sido diseñada la sociedad hasta ahora, están presentes solo las necesidades de un individuo “estándar”, el que cumple con los patrones de la “normalidad”, esto provoca una serie de barreras para gran parte de la población; mujeres embarazadas, niños, personas mayores, personas altas, bajas, etc. Por tanto, la “accesibilidad es un asunto que concierne a todas las personas, y no solo a una minoría”²⁶⁹. Como consecuencia de ello debemos de reflexionar acerca de los criterios que definen la “normalidad”, repensar en ello, y posiblemente reconstruir un concepto, que este fundamentado en base a criterios mucho más inclusivos, respetando las necesidades de todos, entendiendo que las sociedades son cada vez más diversas.

Precisamente el cambio de procedimiento al cual ya hemos hecho referencia, va dirigido a cumplir el objetivo de la inclusión plena de las personas con discapacidad. Este planteamiento que se demanda a través del modelo promotor de capacidad, y también del art.12, (a través modelo de apoyo) constituye muy probablemente el mayor desafío que presentan la convención por un lado y los ordenamientos jurídicos internos, por otro, y que se resume en la idea de garantizar la igualdad en el ámbito de la capacidad jurídica²⁷⁰.

Este traspaso de modelo (de sustitución al de apoyo), como plantea Rafael de Asís, unido a la sustitución del enfoque de la *identidad* por el enfoque de la *situación*, constituye el principal reto de la Convención porque cuestiona la limitación de la capacidad jurídica y con ello la incapacitación de las personas: “la Convención obliga así a dejar a un lado los procedimientos existentes de sustitución de la voluntad (la tutela) y sustituirlos por otros de apoyo, exigiendo en todo caso, que las medidas sean de carácter individual, proporcionales y temporales”²⁷¹.

De momento, al parecer tendrán que convivir las instituciones que se encuentran ya reguladas en los sistemas normativos internos, hasta que se adopte por completo el “modelo de asistencia y apoyo”, una especie de legislación transitoria hasta que se haya establecido el nuevo modelo.

Por último, debe plantearse que “la incorporación de la nueva perspectiva en el tratamiento de la discapacidad, favorecida por la convención, exige un cambio en la

²⁶⁹ Ídem.

²⁷⁰ Barrifi f., *Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la convención de la ONU*, En, *Hacia un derecho de la discapacidad*, Cayo L. (director) y Carballada, M (prologuista) Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2009.

²⁷¹ De Asís, R., *Sobre la capacidad*, ob,cit., p. 4.

terminología al uso. Así por ejemplo, la sustitución de los términos “personas con deficiencia mental” por “discapacidad mental o intelectual” , o por “personas por diversidad mental o intelectual” (y con ello el abandono del término incapaz); la desaparición del proceso de incapacitación y su sustitución por el de ajuste razonable en el ejercicio de la capacidad; la eliminación de los términos de tutor o curador y su sustitución por el de asistente (de manera similar a lo que acontece en el campo de la discapacidad física).

Hasta ahora, hemos observado que el modelo promotor habla de de ejercicios de los derechos, y este puede ser llevado a cabo por la propia persona, con independencia de la situación en que se encuentre. Sin embargo, el modelo advierte, que, debido a la misma diversidad del mundo de la discapacidad, el nuevo procedimiento de apoyo, quizás no pueda dar respuesta a todas las situaciones de discapacidad que se presenten, sobre todo cuando fuera imposible conocer la voluntad de la persona asistida, e incluso en casos de personas sin discapacidad. Según el modelo, en estos casos excepcionales y a pesar de ser un porcentaje menor dentro del colectivo, deberá permanecer como excepción el procedimiento de “sustitución”, habrá que debatir sobre la manera de como adecuar esta figura al nuevo procedimiento. En todo caso, un acto realizado en “representación” de una persona, debe ser siempre realizado en su interés superior.

No obstante, esta acción de sustitución, deberá ser evaluada en cada caso, y se llevaría a cabo en función de la concurrencia de una situación determinada y no en razón de discapacidad, en consecuencia, podría tener cabida en situaciones que no son de discapacidad²⁷².

Por último decir, que vendrá todo un proceso de adaptación al nuevo paradigma de capacidad, también por parte de las personas con discapacidad, en contra de lo que puede pensarse y temerse, las diferencias no deben entenderse como falta de acuerdo y fragmentación. Las expectativas de distintos grupos de personas con discapacidad ofrecen una base común para la unidad del movimiento de la discapacidad. Efectivamente habrá que aprovechar estas distintas organizaciones que conforman el colectivo, para conocer

²⁷² Informe elaborado dentro del Programa *El Tiempo de los derechos*, núm.23, Consolider-Ingenio 2010, por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” en el marco del Proyecto “Estudio, implementación y seguimiento sobre Capacidad Jurídica de la CDPD en los ordenamientos jurídicos locales” coordinado por la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, p.16.

sus necesidades. Para ello deberán crearse las instancias que sirvan de vasos comunicantes entre las asociaciones y los estados, en donde se promueva la participación activa del colectivo, y sea una voz, a considerar al momento de debatir futuras legislaciones que tengan que ver con sus derechos. Esta participación del colectivo será esencial, para el lograr la plena inclusión de la misma. En resumen tener mayor respeto y tolerancia hacia una manera de ser y estar en el mundo, es avanzar hacia el efectivo ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Así, desde lo jurídico este nuevo procedimiento deberá estar en armonía con el discurso de los derechos, provocando así, un cambio esencial en la forma de entender y comprender la capacidad jurídica, elemento clave para la inclusión de las personas con discapacidad en todos los aspectos de la vida social, y de cuyo ejercicio depende la plena participación en la misma.

Por lo tanto, independientemente del valor jurídico real que quiera darse a la convención, lo que no cabe duda es que nos plantea una serie de cuestiones que con ella o sin ella, deben estar presentes en el tratamiento contemporáneo de la discapacidad. Se trata de cuestiones que afectan tanto al significado de la dignidad y la capacidad, cuanto a la situación en las que se encuentran las personas con discapacidad.

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS MODELOS

Una vez presentados los Modelos de Capacidad, descritas sus principales características, y habiendo sido ubicados en un contexto socio cultural determinado, ya contamos con datos que nos permiten realizar algunas reflexiones acerca de la justificación de los límites a la capacidad.

- *Sobre el “Modelo de Status”.*

En relación al *ámbito socio-cultural*, como hemos podido observar, con la incorporación del modelo de discapacidad predominante en esta época, es que la respuesta social hacia el “otro”, al “diferente”, aquel que no cumplía con las demandas o necesidades de la comunidad, era la exclusión, ya fuera por miedo o por compasión. Las personas con discapacidad, al igual que las mujeres, esclavos y extranjeros, conformaron los principales

grupos excluidos. Esta marginación se daba a través del encierro, la persecución, el aislamiento, y eliminación física incluso de las personas (por ejemplo el infanticidio), pero también se daba a través de la restricción en la participación política, y esto simbólicamente representaba la eliminación del individuo, afectando su dignidad y plena capacidad, ya que lo colectivo primaba sobre lo individual, el individuo aislado, fuera de la ciudad, era “un hombre muerto”. El modelo político de la época se caracteriza por la intromisión de lo público en muchos espacios íntimos de los individuos. Intelectuales de la época, justifican esta intromisión por que el rasgo moral de la felicidad no podría ser entendida por el propio individuo.

Desde el *ámbito ético*, que caracteriza a la antigüedad y edad media se diría que es desconocida y negada la igualdad, como cualidad esencial de los derechos, dado que la estructura social en la antigüedad y del feudalismo se basa en relaciones de dependencia y subordinación personal, según la “naturaleza” de los individuos. Desde este punto de vista jerárquico, la dignidad estará vinculada al mérito social o político, al rango o a la jerarquía, y también a lo religioso (muy propio de la sociedad medieval y derivada igualmente de un factor externo, es decir la dignidad era heterónoma). Consecuencia de este panorama, la dignidad del hombre antiguo y medieval, no es propiamente dignidad humana por que no es autónoma, ni impulsa al desarrollo individual de la condición humana, y no arranca del propio individuo. Esta concepción cambiará siglos más tarde con la ilustración.

Desde el *ámbito jurídico*, lo que hoy entendemos por los términos “*capacidad jurídica*” y “*capacidad de obrar*”, no se corresponden con aquéllos del Derecho romano, sobre todo con el más antiguo, ni desde el punto de vista terminológico, ni en cuanto a su identidad.

Desde el punto de vista *terminológico*, no encontramos en el lenguaje jurídico romano ninguna expresión para designar el concepto moderno de “*sujeto de derecho*”, ni tampoco término general alguno que equivalga a los de *capacidad jurídica* y *capacidad de obrar*. En efecto, los juristas romanos hablaban mas bien, de capacidad en caso concreto y respecto de determinadas relaciones jurídicas, así por ejemplo, para referirse a la capacidad de hacer testamento o de ser heredero testamentario, utilizaban la locución *testamenti factio*, o *capacitas* para indicar la capacidad de adquirir entre marido y mujer, o *capax doli* para indicar la capacidad de delinquir, esto es, para conocer que se comete un acto doloso.

“Quizá sólo en el antiquísimo término *caput*, cuyo estricto sentido es cabeza pero empleado más ampliamente para indicar el individuo humano (tanto libre como esclavo), podríamos hallar una cierta correspondencia terminológica con nuestra capacidad, a la vista de un fragmento de las instituciones de Justiniano donde leemos que *sevus... nullum caput habet*, esto es, el esclavo, no tiene capacidad alguna”²⁷³.

En cuanto a su *identidad*, tampoco los criterios de Derecho moderno pueden aplicarse al Derecho romano, ya que en este solo tenía plena capacidad el individuo libre, ciudadano romano y *pater familias* (sui iuris). Por lo dicho “es importante resaltar la mentalidad de la época, qué se entendía por persona, y su fundamento. *Persona, capax, caput, y status*, son términos utilizados en las fuentes romanas para hacer referencia a los conceptos de ser *humano, sujeto de derecho y capacidad jurídica*”²⁷⁴.

Entonces diríamos qué, si bien los romanos se caracterizaron de manera especial a lo largo de su historia por el realismo y pragmatismo, “lo que se tradujo en términos jurídicos en una lógica más preocupada por la justicia en el caso concreto, que por la especulación teórica, definidora o abstracta, se contienen en las fuentes conceptos y clasificaciones a lo largo de una evolución multisecular que se desarrolla en distintas épocas, han cristalizado en categorías y formulaciones globales que han pervivido hasta la actualidad”²⁷⁵.

▪ *Sobre el “Modelo Paternalista”.*

En el *ámbito socio-cultural*, podemos observar que los cambios producidos por la modernidad construirán un escenario, en donde el sujeto quedará al servicio de la producción. Como consecuencia de ello, el individuo tendrá ahora que cumplir con nuevas exigencias y demandas sociales que involucran su capacidad para producir, y con el aporte que en este aspecto pueda hacer a la sociedad. Es decir, se relacionará la capacidad con la “utilidad” que preste el individuo en la sociedad. Este parámetro, seguirá manteniendo las desigualdades, pero la respuesta social ya no será la persecución o la eliminación, sino una nueva forma de exclusión, oculta tras el principio de la

²⁷³ Ortega, A, *Derecho romano privado*, Ed. del Genal, año 2004, Málaga, p. 20 y 21.

²⁷⁴ Ídem.

²⁷⁵ Fernández de Bujan, A, *Derecho romano privado*, ob. cit., p. 17.

“normalización”. Ahora el otro, el distinto, que sigue representado básicamente por los mismos colectivos (mujeres, discapacitados, extranjeros), podrá incluirse a la sociedad si puede adaptarse a sus parámetros, si puede “normalizarse”. Como hemos visto, el modelo de discapacidad predominante en este momento es el “Rehabilitador”, que define la discapacidad como una enfermedad, precisamente como un problema individual, que debe ser tratado. Este sería el requisito previo para poder ser integrado a la sociedad, para poder ser tratado con igualdad. Esta es la respuesta social que nos da el modelo, frente a todas aquellas personas que presentan alguna diversidad (“desvío de la norma”), serán tratados igualitariamente si se adaptan al sistema, si alcanzan al sujeto estándar, es decir si se normalizan.

Desde el *ámbito ético*, observamos, que el ideal de la dignidad humana, va asociado con el modelo de ser humano ilustrado, caracterizado por la posición de una serie de rasgos asociados a patrones estéticos y éticos. Aquí, el individuo es valioso en sí y no por su parentesco divino.

En síntesis es un modelo basado en un individuo “estándar” (capaz de, pensar, sentir, y expresar). Por tanto, “aquellos que no tuvieran esas capacidades, podrían tener atribuidos derechos, pero no justificados desde la idea de dignidad humana, sino como fruto de la decisión de los sujetos capaces, quienes considerarán como merecedores de dicha atribución”²⁷⁶. Sin embargo no es posible negar el papel fundamental de la ilustración en la configuración de la idea de los derechos y de su garantía. “Los valores de la ilustración conservan su importancia y siguen siendo el mejor camino para abordar aquellas cuestiones que tienen que ver con el logro de una vida humana digna. No obstante, y desde los propios presupuestos de estos ideales, es importante cuestionarse y matizar los principios inspiradores de los mismos y, en concreto, la construcción de la idea de dignidad humana que, al mismo tiempo que sirvió para proteger la integridad física y moral de la mayoría de la personas, también tuvo como consecuencia la estigmatización de algunos colectivos (los diferentes)”²⁷⁷.

Resumiendo, desde el discurso de los derechos humanos las personas con discapacidad estarían siendo excluidas de esta participación, al no cumplir con estas atribuciones requeridas por el modelo del individuo “estándar”.

²⁷⁶ De Asís, R., *Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos, en Igualdad, no discriminación y discapacidad*, ob. cit. p. 35.

²⁷⁷ Ídem, p. 32.

Esta consideración ética ha influido en la construcción jurídica del término capacidad manifestándose en la normativa civil, en lo referido a la incapacitación: La incapacitación, institución jurídica, así como la tutela, tiene un constructor jurídico relativamente desfasado, si tenemos en cuenta las situaciones a las que está aplicado, que crea no pocos problemas a la hora de su aplicación concreta y actual. Y ello a pesar de los esfuerzos hechos con las revisiones efectuadas al respecto. Cuando se formalizaron estas instituciones dentro del Código Civil se hicieron “pensando en enfermedades mentales de personas jóvenes principalmente, y no en determinados síndromes invalidantes muy frecuentes actualmente, ni en determinado tipo de demencia, tan reiterativas en estos días que son producto, sobre de todo, de la edad avanzada de las personas. A finales del siglo XIX las personas vivían mucho menos años y muy pocos se demenciaban por patologías que tuvieran relación con la edad avanzada. Asimismo se estaba pensando en aquellos que dilapidaban su fortuna, los pródigos”²⁷⁸.

El Código Civil no ha cambiado sustancialmente su filosofía. De ahí la importancia de la precisión que acabamos de hacer, por otra parte bastante común. No obstante han existido cambios significativos que han ido adaptando la institución y su filosofía primitiva a las instituciones concretas de los cambios sociales operados. Así, el carácter tuitivo de la incapacitación no puede ponerse en duda. Estamos ante una institución de protección, “de ahí que todo proceso de incapacitación y la posterior designación de un tutor se debe hacer sin perder de vista este carácter protector. Incapacitar a una persona significa dotarla de unos medios de protección, de los que aparentemente carece y ello en razón de propiciar el cumplimiento de los derechos que le son inherentes. El respeto a la dignidad humana y el cumplimiento de los derechos fundamentales otorgados por la constitución está en el sentido finalista de una buena aplicación de la norma del Código Civil”²⁷⁹.

Sin embargo a pesar de la buena aplicación del Código Civil, y la finalidad protectora de dicha institución, debemos decir que al momento de la aplicación de la normativa podría producirse una “confusión” debido a que el término de “capacidad natural” no es unívoco. Con este término, la doctrina se refiere a dos rasgos distintos, que pueden concurrir o no en una misma persona en un momento dado, lo que contribuye a aumentar el grado de “confusión” existente en torno a esta expresión.

²⁷⁸ Adhohér Biosca, S., (coord.) *Discapacidad e integración: familia, trabajo y sociedad*, Ed. universidad pontificia de comillas, Madrid, 2004, p. 371.

²⁷⁹ Ídem p.372.

Por una parte, el término *capacidad natural* es empleado para designar la valoración general sobre las posibilidades de autodeterminación de un sujeto. En esta primera acepción, la capacidad natural expresa el nivel de autogobierno global de la persona²⁸⁰. Como puede advertirse, en este sentido es usada cuando se afirma que “las limitaciones a la capacidad de obrar deben adecuarse hasta donde sea posible a la capacidad natural de aquel cuya capacidad se limita, que la incapacitación se modula y gradúa en función de la capacidad natural que posee el incapacitado, o que actualmente la incapacidad de obrar sólo puede sustentarse en una causa natural de discapacidad”²⁸¹.

Por otra parte, el término capacidad natural “también se emplea para referirse a la aptitud psicológica de una persona en relación con un acto o negocio concreto al tiempo de su celebración. En este segundo sentido la expresión capacidad natural ya no se refiere a la valoración de todo el nivel de autogobierno personal, sino al grado de autodeterminación que en un momento dado ostenta una persona respecto de un hecho aislado concreto”²⁸². En esta otra acepción la capacidad natural es una noción aplicativa.

Esta distinción resulta útil en la medida que evita “confusión” en el empleo de los mismos términos con distintos significados, como en ocasiones ocurre²⁸³. Así, al aceptar que la sentencia de la incapacitación debe adaptarse a la real incapacidad natural de la persona que se incapacita (aquí capacidad natural significa autogobierno) “puede conducir a la errónea conclusión de considerar que, una vez incapacitada, su incapacidad de obrar coincide necesariamente con su incapacidad natural (y aquí capacidad natural significa aptitud para entender y querer suficientemente un acto concreto al momento de su realización)”²⁸⁴, de modo que con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia de incapacitación, el incapacitado nunca podrá tener - en los ámbitos en los que le ha sido sustraída la capacidad de obrar - capacidad natural. El efecto jurídico que provoca esta confusión es trascendental, ya que la determinación de la misma no permitirá el ejercicio de los derechos de la persona, en la práctica jurisprudencial no hay una graduación en las sentencias de incapacitación, o es “total” o no lo es, “la falacia del razonamiento se desprende del diverso sentido con el que se emplean los mismos términos y queda desmentida, por otra parte, con el hecho, demostrado por la experiencia, de que el

²⁸⁰ García, V, *El mayor interés en la esfera personal del incapaz*, ob.cit, p. 149.

²⁸¹ Ídem.

²⁸² Ídem

²⁸³ Ídem p.150

²⁸⁴ Ídem.

padecimiento de una enfermedad o deficiencia que limita el nivel de autogobierno general de una persona no le impide siempre ni necesariamente poseer la aptitud psíquica suficiente para realizar un acto concreto”²⁸⁵.

A estos argumentos pueden añadirse algunos más. Operar con una presunción que “prejuzgue a la capacidad natural del incapacitado no toma en cuenta que esta, en tanto aplicativa, no es nunca la misma ni que debe - por ello- ser apreciada en función del específico acto del que se predica. Es decir, desde el punto de vista de la lógica, no resulta adecuado derivar de un juicio global como el requerido para proceder a la incapacitación, la solución para un problema puntual y concreto, como la capacidad natural referida a un acto determinado”²⁸⁶. Tal presunción tampoco guarda relación con la gradualidad de la incapacitación; es decir, si la propia incapacidad de obrar es variable, “no tiene sentido derivar de ella una presunción de incapacidad natural fija, inamovible y establecida a priori contra la cual deba lucharse y que además, alcanza por igual a todos los actos realizados con posterioridad al pronunciamiento judicial”²⁸⁷. En cuanto al resultado, la presunción contraria a la capacidad natural del incapacitado dificulta su actuación (aunque ciertamente no la impide) pues, para destruir la presunción, el incapaz se verá obligado a probar que efectivamente posee capacidad natural para realizar el acto.

Tal posición implica extraer de la incapacitación mas efectos que los que de ella derivan, lo que contradice la interpretación restrictiva de los límites a la capacidad, que es regla general que rige esta materia y que hace que carezca de sentido, por definición, cualquier extensión de la incapacidad, aunque sea de la vía de las presunciones²⁸⁸.

Por estas razones, la presunción de incapacidad natural del incapacitado además de resultar incompatible con el favorecimiento del ejercicio de sus derechos, carece de justificación. En cuanto a la apreciación de la capacidad natural de la persona incapaz, la incapacitación constituye sólo uno más entre otros elementos de juicio a ser valorados.

En definitiva, la capacidad natural es tan variable que no cabe establecer sobre ella reglas objetivas o apriorísticas. No se puede determinar en abstracto sino sólo en función y a partir de la situación de la que se predica y en el momento concreto en el que el acto va a ser realizado. Es decir en la aplicación del caso concreto. En suma, “lo determinante no es

²⁸⁵ Ídem.

²⁸⁶ Ídem, p.156.

²⁸⁷ Ídem.

²⁸⁸ Ídem.

la enfermedad o la deficiencia mental ni el nivel o grado de desarrollo que esta permita (el coeficiente intelectual), sino los efectos que despliegan en la aptitud de la persona para comprender ese acto concreto y para actuar según la comprensión que posee”²⁸⁹.

Por lo anteriormente dicho, creemos que la justificación de los límites a la capacidad presenta problemas, y estos tienen un carácter discriminatorio, buscando el “déficit” de la persona, desde una visión parcial, y teniendo como referencia solamente la dimensión cognitiva.

■ *Sobre el “Modelo Promotor”.*

Desde el *ámbito socio-cultural*, los grandes cambios sociales, culturales y científicos ocurridos en el siglo XX han modificado nuevamente el escenario social. La emergencia de los nuevos movimientos sociales, que representan la lucha por la reivindicación de derechos de grupos minoritarios, nos muestra como los excluidos de siempre ahora se agrupan, se identifican y comienzan su lucha por la igualdad y la no discriminación. A su vez, con el avance de las Ciencias Sociales comienzan a cuestionarse muchas de las asunciones sobre las ciencias en general y sobre la discapacidad en particular, que han motivado la aparición de nuevos enfoques en la concepción de la discapacidad y, consiguientemente, en las prácticas profesionales de investigación y tratamiento de las personas con discapacidad.

En este sentido, debemos decir que la aparición del “modelo social” de discapacidad, ha tenido una repercusión positiva en todos los ámbitos de la sociedad. Ello ha implicado, desde los inicios, dejar de considerar a la discapacidad como un problema individual, para pasar a ser entendida como un fenómeno complejo, integrado por factores sociales. También ha significado, dejar de considerar a las personas con discapacidad como objeto de políticas asistenciales, para pasar a considerarlas “sujetos de derecho”.

Este modelo se encuentra íntimamente relacionado con la asunción de ciertos valores intrínsecos a los derechos humanos, y aspira a potenciar el respeto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social, y asentándose sobre la base de determinados principios: vida independiente, no discriminación, accesibilidad universal, normalización del entorno, diálogo civil, entre otros. Asimismo,

²⁸⁹ Ídem, p. 160.

promueve la autonomía de la persona con discapacidad a través de la eliminación de las barreras sociales., para que las mismas puedan tener equiparación de oportunidades. Como en los casos anteriores, este modelo también puede ayudarnos a pensar el trato desigual que sufren los demás grupos minoritarios, que como hemos visto, a pesar de seguir excluidos y limitados en su capacidad, ahora se aglutinan, se perciben como parte de un grupo con características similares y cuestionan el modelo imperante, ya no quieren adaptarse, “normalizarse”; denuncian que es la sociedad la que debe tratarlos con igualdad, a pesar de su diversidad, que por otra parte es propia del ser humano. Este movimiento es apoyado por las Ciencias Sociales.

En el *ámbito ético*, desde el modelo se adopta una visión integral de las personas con discapacidad, ya no se busca el “déficit” de la persona, sino que su autonomía, aunque se encuentre disminuida, en síntesis es una mirada desde los derechos humanos. En este sentido es compatible con el modelo social, ya que ambos modelos abogan por la plena inclusión de las personas con discapacidad en todos los aspectos de la vida.

Hay que terminar con esta confusión de autonomía moral y autonomía funcional, que impide el libre ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Para ello habrá que apoyar aquellos que tiene problemas para manifestar la voluntad, potenciando su autonomía a través de los mecanismos de apoyo. Tendremos que presumir la capacidad, y esta deberá ser de derecho. Para ello habrá que “rebalancear” principios, hacer primar el principio de autonomía por sobre el principio de protección, que desde el modelo se critica y cuestiona por ser desproporcionando, siendo muchas veces arbitraria. Además este principio de protección se fundamenta en una justificación de carácter “medico”, ámbito que invade otras campos que no son de su competencia, como el de los derechos, es ahí donde habrá que equilibrar, estos principios, ya no según esta nueva visión, no se podrá limitar el ejercicio de los derechos en razón de discapacidad.

Con la potenciación de la autonomía, las personas con discapacidad, podrán elegir libremente, y de esta manera llevar a cabo sus proyectos de vida. Esta podrá consolidarse a través de una vida independiente, el elegir dónde y con quien vivir. Dicho esto, desde el modelo también se plantea la dependencia no como un “conductor” de pérdida de la libertad, sino también como un potenciador de la autonomía. Desde esta mirada se reconoce que todas las personas (con o sin discapacidad) somos en algún grado dependientes, incluso para tomar decisiones, o para llevar a cabo un proyecto de vida, es por eso que el modelo en

este sentido habla de “interdependencia”, entendiendo que esta es la forma ideal de convivencia y de relación en comunidad, para así, lograr la plena inclusión de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la vida. En resumen no mirar la dependencia como una política de asistencialismo, sino más bien como un derecho, sobre todo para aquellas personas que necesitan suplir sus necesidades básicas, para estar en un plano de igualdad con los demás, de esta manera estaremos comprendiendo y abarcando el extenso mundo heterogéneo de las personas con discapacidad.

La plena inclusión se logrará derribando las barreras sociales que impiden la participación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que los demás. Este acceso a todos los ámbitos de la vida, se concreta a través de la igualdad de oportunidades, esta dimensión de la igualdad, es el referente del modelo, que se instrumentaliza con el diseño para todos, y los ajustes razonables. Este principio de la igualdad si viene acompañado del de no discriminación, estos principios van a complementar a la autonomía, para la materialización del ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, estando en consonancia con los principios que promueve la CDPD, a través del art.12. Que plantea la igualdad en ámbito de la capacidad jurídica, fundamentándose en los mismos principios del modelo promotor.

Otro tema que aun se sigue debatiendo es el lugar que ocupará la deficiencia dentro de este modelo, que según algunos autores ha quedado como algo irrelevante y neutro y, a veces, positivo, pero nunca como lo que implica la realidad. Al respecto, Liz Crow, reconoce que “la contribución del modelo social de discapacidad hacia el logro de la igualdad en derechos para las personas con discapacidad es incalculable, sin embargo quizás sea el momento de cuestionarlo”²⁹⁰. La autora expresa que se ha tendido a considerar la discapacidad como si fuese la totalidad de la cuestión corriendo el riesgo de suponer que la diversidad funcional no tiene nada que ver en la determinación de las experiencias de las personas con discapacidad. “La experiencia de la diversidad funcional no siempre es irrelevante, neutra ni positiva. Para muchas personas con discapacidad, la lucha personal relacionada con la diversidad funcional seguirá presente incluso cuando ya no existan las barreras discapacitantes”²⁹¹.

²⁹⁰ Crow Liz, *Nuestra vida en su totalidad: renovación del modelo social de discapacidad*. En “*Encuentro con desconocidas*” de Jenny Morris, Ed. Narcea, Madrid, 1996, p. 230.

²⁹¹ Ídem, p. 232.

Desde el *ámbito jurídico*, teniendo en cuenta que la capacidad jurídica es una construcción social que refleja elecciones que las sociedades han hecho en diferentes épocas, el modelo social vendría a cuestionar la noción misma de capacidad que hasta el momento se ha utilizado, denunciando sus limitaciones y promoviendo las bases para una nueva construcción del término.

Destaca entre sus principales críticas: (i) la idea de capacidad jurídica está desarrollada a partir de la valoración de ciertas “habilidades cognoscitivas”, dejando afuera otro tipo de habilidades, que parecen ser menos valoradas, (ii) la capacidad jurídica se debería relacionar con la libertad para tomar las decisiones y no con la sabiduría o prudencia de dichas decisiones, (iii) el modelo tradicional de sustitución anula por completo la voluntad de la persona con discapacidad, al dejar que el representante sustituya esta voluntad, intercediendo directamente en la toma de decisiones.

En consonancia con lo dicho, desde el modelo promotor se aboga por un nuevo procedimiento que consista en asistencia y apoyo, que viene a reemplazar el sistema de sustitución (representación clásica). En donde se respete íntegramente la autonomía de la persona con discapacidad, tomando en consideración no solamente habilidades cognitivas, en su libertad de decisión. Este procedimiento al que hace referencia está en sintonía con el nuevo modelo que subyace en la en el art.12 de la CDPD, que fue presentado por las organizaciones de personas con discapacidad como el sistema idóneo para garantizar un trato igualitario de estas personas con el resto de la población.

Debemos subrayar, que este fue uno de los temas más controvertidos y debatidos en la convención porque algunos estados consideraban que como regla, las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica pero existe un pequeño porcentaje de personas con discapacidades severas para quienes el modelo de asistencia no es suficiente, y para quienes se requeriría una tutela. Estas delegaciones sostuvieron que dicho modelo de sustitución no sería la regla sino que se aplicaría a un pequeño porcentaje de caso. Frente a ello se adujo que: la primera consecuencia de aceptar dicho argumento sería que la regla del modelo de sustitución sería incorporada a la Convención. Ahora la regla, sería incorporarlo solo para un muy reducido número de personas con discapacidades psicosociales, “deviene entonces la pregunta respecto del procedimiento mediante el cual dicho pequeño porcentaje de personas será identificado. Evidentemente eso será caso por caso. Dicho procedimiento de

identificación abrirá dudas respecto de la capacidad de todas las personas con discapacidad”²⁹².

No obstante, cabría preguntarse si la respuesta que la Convención construye sobre este tema (la de un número mínimo de personas que por presentar discapacidades severas requerirían un tratamiento más individualizada), resulta adecuada o si no sería necesario seguir debatiendo acerca de los derechos que a estas personas habría que garantizarles, más allá del número reducido de población que representan dentro del colectivo de la discapacidad. Queda en claro que las medidas necesarias para el ejercicio de los derechos por parte de las personas con discapacidad física o sensorial son muy distintas de las que necesitan las personas con discapacidad psíquica (los mas discriminados, el más vulnerable de los grupos vulnerables) por lo cual será necesario realizar un tratamiento jurídico distinto, específico y no homogéneo, de las políticas y medidas para lograr la no discriminación y el efectivo ejercicio de todos los derechos de la población con discapacidad, que como hemos manifestado es un colectivo heterogéneo, con necesidades y demandas muy diferentes.

Por esto mismo que, desde el modelo promotor, entendiendo esta realidad del colectivo, evaluando todas las situaciones que podrían plantearse, el modelo asiente, de carácter excepcional la presencia del modelo de sustitución, ya no como regla, sino mirado desde otra perspectiva. Creemos que esta aceptación, no sería una contradicción de sus postulados, cuando la finalidad del mismo, es el reconocer la diversidad de las demandas, de un colectivo que es ampliamente heterogéneo.

Entonces, a partir de ahora el desafío consistiría en concretar los postulados del modelo, teniendo en cuenta la realidad social e institucional actual, a través de acciones planificadas y coherentes con los recursos y redes de apoyo disponibles. Y considerando que se trata de una nueva construcción social, que por lo tanto deberá seguir perfeccionándose según las nuevas demandas que surjan en la sociedad en general y en los colectivos afectados en particular.

Por todo lo anteriormente dicho, entendemos que el modelo promotor, es el que supuestamente subyace en el art.12, de la CDPD, y que la normativa internacional, puede ser interpretada a través del mismo.

²⁹² Palacios, A, *Modelo Social de Discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, ob.cit. p. 433-434

II. TRATAMIENTO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA EN LA CDPD.

Muchas preguntas han surgido en torno al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Algunos de estos interrogantes, que resultan comunes en distintas jurisdicciones, y se han formulado en diferentes partes del mundo, son los siguientes: ¿Cómo se concibe la capacidad jurídica en la CDPD? ¿Incluye tanto la capacidad de ser titular de derechos como la de ejercer tales derechos, es decir, la capacidad de ejercicio? En caso afirmativo, ¿Reconoce la Convención esta capacidad jurídica a todas las personas con discapacidad, o ciertas personas han quedado excluidas? ¿Qué deberían hacer los Estados Partes para plasmar el artículo en su ordenamiento jurídico? Y en relación a los modelos presentados en el primer capítulo, ¿cómo se ve plasmado el modelo promotor en el artículo 12?

Este capítulo constituye un intento por indagar en mayor profundidad sobre dichas cuestiones para continuar avanzado en la construcción de sus respuestas.

1. LA DISCUSIÓN SOBRE LA CAPACIDAD JURÍDICA, EN SU ELABORACIÓN EN LA CONVENCIÓN

1.1. Debates previos a la redacción del artículo 12

El desconocimiento de la capacidad jurídica de una persona o grupo de personas se traduce en la negación tanto del derecho a la personalidad jurídica como de la capacidad de obrar. En muchas jurisdicciones, cuando se ha intentado criticar las normas relativas a la capacidad por ser discriminatorias, el resultado ha sido su reemplazo por una legislación que efectúa un reconocimiento simbólico de los derechos del grupo excluido, pero que en realidad, si bien reconoce la capacidad para ser titular de derechos, sigue negando la capacidad de ejercerlos.

Frente a ello, el Derecho internacional de los derechos humanos, ha sido empleado con frecuencia para cuestionar la legislación nacional de carácter discriminatorio,

incluyendo en la noción de capacidad jurídica tanto la titularidad como la posibilidad de ejercicio de los derechos. El primer gran cuestionamiento a nivel universal en el ámbito de la capacidad, se produjo en relación con el género, a la vista de los numerosos ordenamientos que denegaban el ejercicio de la capacidad jurídica a las mujeres, por el simple hecho de su género sexual. El Art. 15.2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante CEFDM) garantiza de un modo claro y absoluto la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica entre los hombres y las mujeres²⁹³. William Blackstone, historiador inglés del siglo XVII, describió la pérdida de personalidad jurídica plena de la mujer al contraer matrimonio como una forma de “muerte civil”. Desde entonces, “el objetivo principal de las reforma ha sido devolver a las mujeres todos los atributos de la personalidad jurídica en pie de auténtica igualdad con los hombres, es decir, cambiar su condición de la de objeto a la de sujeto. Lo mismo puede decirse de las personas con discapacidad, salvo que la muerte civil en su caso se produce en el momento del nacimiento o cuando quedan discapacitadas más adelante en su vida”²⁹⁴.

La CDPD, en consonancia con dicha noción -al englobar las dos dimensiones estáticas y dinámicas- de la capacidad jurídica, ha logrado consensuar después de un arduo debate esta concepción compatible con la perspectiva de los derechos humanos.

Desde el momento que el concepto de *capacidad jurídica* apareció en el primer borrador, comenzaron a surgir intensas discusiones sobre su significado jurídico²⁹⁵. Resulta interesante observar el desarrollo de los debates previos que condujeron a la adopción de esta disposición, ya que como hemos dicho, supone—en consonancia con las premisas del modelo social— un cambio de paradigma en el ámbito de la capacidad jurídica. Esto no

²⁹³ Rehof, L, A, *guide to the travaux preparatoires of the United Nations Convention on the elimination of all forms of discrimination against women*, Martinus Nijhoff, 1993; (... Cuando la mujer puede no puede celebrar un contrato en absoluto, ni pedir créditos, o solo, puede hacerlo con el consentimiento o el aval del marido o un pariente varón, se le niega su autonomía jurídica. Toda restricción de este género le impide poseer bienes como propietaria exclusiva y le imposibilita la administración legal de sus propios negocios o la celebración de cualquier otro tipo de contrato...). Comité de las Naciones Unidas para la eliminación de la discriminación de la mujer, recomendaciones generales, N° 21, La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, A /49/38, 1994, p.7.

²⁹⁴ Quinn, G y Deneger, *Derechos humanos y discapacidad*, Publicaciones de las Naciones Unidas, Naciones Unidas Nueva York y Ginebra, 2002, p.12

²⁹⁵ Bariffi, F., *Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la convención de la ONU*, En, *Hacia un derecho de la discapacidad*, Cayo L. (director) y Carballeda, M (prologuista) , ob. cit. p. 358.

sólo puede servir para interpretar el propio artículo 12, sino también, para entender las reservas que, muy probablemente se registren, en relación con la citada norma²⁹⁶.

Como se viene comentando, el principal problema relacionado con la definición de la capacidad jurídica radicaba en las diferentes interpretaciones respecto de su amplitud. Algunas Delegaciones consideraban que capacidad jurídica solo implicaba la capacidad de goce o de derecho, y otras comprendían el término desde una visión más extensiva, abarcando tanto la capacidad de goce o de derecho como la capacidad de obrar (ejercicio).

El Informe elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos analizó, asimismo, esta cuestión, desde tres perspectivas: la del derecho internacional, la del derecho comparado (derecho continental, concretamente el sentido otorgado por el Derecho francés y el Derecho español) y desde el Common Law²⁹⁷. Veamos brevemente estas perspectivas.

(i) Perspectiva del derecho internacional

La primera parte del documento realiza un estudio sobre el significado de los términos mencionados en el marco de los Tratados de Derechos Humanos, analizando concretamente tanto el artículo 16 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP)²⁹⁸, como asimismo CEFDM.

En relación al artículo 16 del PIDCP, el Informe describe que su objeto es garantizar a todos los seres humanos el derecho básico de ser reconocido como persona ante la ley (personalidad jurídica en español). Según esta disposición, se indica, “la persona es dotada de *capacidad de ser persona bajo la ley*, esto es, de ser reconocida como titular potencial de derechos y obligaciones”²⁹⁹. La personalidad jurídica es un aspecto crucial de la libertad, que: “distingue a una persona de otra y permite hacer valer su dignidad esencial *erga omnes*. (...) El reconocimiento de la personalidad jurídica asimismo representa una

²⁹⁶ Ídem.

²⁹⁷ Palacios A, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad*, ob. cit. p. 444.

²⁹⁸ Artículo 16 del PIDCP, que establece que “toda persona debe tener el derecho al reconocimiento en todas partes como persona bajo la ley”.

²⁹⁹ Palacios A, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad*, ob. cit. p.442.

precondición necesaria para el disfrute y ejercicio actual de todos los derechos individuales³⁰⁰.

De este modo, según el artículo 16 del PIDCP, toda persona —mujeres y hombres, niños y niñas, ciudadanos y ciudadanas, extranjeros y extranjeras, y apátridas— tienen el derecho al reconocimiento del estatus y la capacidad jurídica en el ordenamiento jurídico. Cada una de estas personas, con estatus y capacidad, tiene derechos y obligaciones. En principio, la capacidad del ser humano de ser persona bajo la ley comienza con el nacimiento y termina con la muerte. Como se vio, en una primera etapa de la evolución del concepto de persona, una importante corriente de opinión lo vincula con la capacidad jurídica. Sería la capacidad jurídica la calidad de persona, es decir, la persona sería la consecuencia del reconocimiento por el derecho. De la existencia de condiciones por las que un ente tiene interés de tutela. En suma, sería persona por tener capacidad jurídica³⁰¹. Del mismo modo lo ha entendido G. Quinn al señalar que, “la capacidad jurídica provee la cubierta jurídica a través de la cual se puede mejorar la personalidad en el mundo de la vida. Permite a las personas hacer su propio universo jurídico, una red de derechos y obligaciones recíprocas, lo cual permite una expresión de voluntad en el mundo de la vida. Éste, es el rol básico de la capacidad jurídica, es decir la capacidad jurídica abre un espacio de libertad personal. De manera sencilla y sin ningún tipo de coerción permite interacciones y lo hace principalmente mediante contratos jurídicos”³⁰².

Asimismo, el Informe se remite al Comentario Nro. 28 (2000), del Comité de Derechos humanos, en el que se estableció que el derecho que enuncia el artículo 16 en el sentido de que todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica es particularmente pertinente en el caso de la mujer, que suele verlo

³⁰⁰ *Background conference document about Legal Capacity, prepared by the office of the United Nations High Commissioner for Human Rights(Sexta Sesión)*

³⁰¹ Participan de este criterio; Puig Ferriol, Ll. y otros, *Manual de derecho civil*, Tomo I, Marcial Pons, p.108; Khon Tour, A, *derecho civil*, teoría general del derecho civil Alemán, vol. 1.2, Desalma, 1946, p3.

³⁰² Quinn G, *La personalidad y la capacidad jurídica. Perspectiva sobre el cambio de paradigma del Art. 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Conferencia HPOD. Escuela de Derecho de Harvard, 20 de febrero, 2010. p 6. Artículo colgado en la página Web. De la red iberoamericana de expertos en la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Acceso en, www.redcdpd.org.

vulnerado en razón de su sexo o su estado civil. Esta situación de arbitrariedad de restricción de derechos hacia la mujer ha permanecido hasta hace muy poco, “este derecho supone que no se puede restringir en razón del estado civil o por otra causa discriminatoria la capacidad de la mujer para ejercer el derecho de propiedad, celebrar un contrato o ejercer otros derechos civiles. Supone también que la mujer no puede ser tratada como un objeto que se entrega a su familia junto con la propiedad del marido difunto”³⁰³. Los Estados deben proporcionar información acerca de las leyes o prácticas que impidan que la mujer sea tratada como persona jurídica de pleno derecho o actúe como tal, así como de las medidas adoptadas para erradicar las leyes o prácticas que permitan esa situación.

Por otro lado, se indicó que el artículo 16 da origen a ciertos derechos autónomos que no surgen necesariamente de otras disposiciones. Por ejemplo, la pena de “muerte civil”³⁰⁴ provista por antiguos sistemas legales, que solía privar a las personas de su capacidad de ser persona bajo la ley representaría por sí misma una violación del artículo 16.

No obstante, se expresó que la referencia al significado ordinario del término “persona” y “personalidad jurídica” no brinda demasiada luz sobre si el reconocimiento como persona bajo la ley incluye o no la capacidad de obrar. Una interpretación teleológica del artículo 16 a la luz de su “objeto y propósito” —esto es, de conformidad con el objetivo de reconocer la dignidad humana inherente y los derechos inalienables —también conducen a conclusiones ambiguas. Sin embargo, se concluyó que, “un análisis de los trabajos

³⁰³ Human Rights Committee, *General Comment No. 28: Equality of rights between men and women (article 3)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, 29 March 2000, párr. 19.

³⁰⁴ La muerte civil implicaba considerar fallecida en ciertas circunstancias, a una persona viva, como condena o como consecuencia de sus votos religiosos. Carecía a partir de entonces de los derechos fundamentales básicos del ser humano, que son los derechos civiles. En Grecia se podía condenar a las personas a la muerte civil, quedando sin ninguna protección por parte del Estado. Los esclavos en la antigua Roma eran muertos civiles, ya que no eran capaces de adquirir derechos ni obligaciones. Hasta la sanción de su Código Civil, las leyes españolas consideraban que podía extinguirse la capacidad de derecho de una persona que había hecho votos como religioso profeso, o como castigo a los condenados a cadena perpetua o deportación. Como consecuencia de la muerte civil, si el afectado era casado, su matrimonio se disolvía, y el otro cónyuge podía nuevamente casarse. Además se habría su sucesión, transmitiéndose sus bienes por herencia, como si se hubiera muerto efectivamente. Si bien actualmente, todas las legislaciones el mundo han suprimido la muerte civil, siendo el primer país en hacerlo, Bélgica, en el año 1831, se mantienen ciertas restricciones a la capacidad de derecho, por ejemplo cuando se imponen a los religiosos profesos ciertas limitaciones para contratar (art. 1160 C. C. argentino) o incapacidad para ejercer la patria potestad (art. 306 inc. 2 Cód. Cit.), para ejercer la tutela (art. 398 inc. 16 Cód. Cit.), para ser testigo en instrumento público (art. 990 Cód. Cit.), para obligarse como fiador (art. 2011 inc. 6 Cód. Cit.) y para ejercer el comercio (arts. 9 y 22 inciso 2 Código de Comercio). En Legislaciones como la francesa o la italiana, los penados sufren por indignos, restricciones en sus derechos. En Argentina estas restricciones a su capacidad de derecho, no se basan en razones de indignidad, sino que se lo hace para proteger tanto al propio condenado, como a su familia. Véase: www.derecho.laguia2000.com.

preparatorios del PIDCP no deja lugar a dudas de que el artículo 16 solo cubre la capacidad de ser persona bajo la ley y no la capacidad de obrar”³⁰⁵.

En cuanto al artículo 15 CEFDM, en relación a esta materia, se analizó el segundo párrafo, ya que el borrador del artículo 9.2 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad contenía una formulación similar a la utilizada en dicho instrumento, el cual expresa que: “*Los Estados Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales*”³⁰⁶.

El documento explicó que el artículo 15 apunta a asegurar autonomía legal a la mujer. Confirma la igualdad de las mujeres con los hombres ante la ley, y adicionalmente requiere a los Estados Parte garantizar derechos iguales a la mujer en áreas del derecho civil, en las que la mujer ha sido tradicionalmente discriminada (por ejemplo, derecho de propiedad o sucesiones)³⁰⁷. A propósito de ello, Ferrajoli se plantea: ¿Cómo retroactúa este paradigma normativo de la igualdad sobre la diferencia de sexo? La diferencia sexual, seguramente primaria y paradigmática, ¿es por ello pensable, valorizable, garantizable, o por el contrario, impone una posterior revisión o cuando menos una precisión y, tal vez, la elaboración de alguna forma de “derecho de la diferencia” o de “derecho sexuado”? ³⁰⁸.

Nos responde el propio autor florentino, distinguiendo dos órdenes de cuestiones. El primero - ligado a la dimensión teórica de la *normatividad* del principio de igualdad- es el de la posible relevancia de la diferencia sexual sobre la estructura o sobre la naturaleza misma de los derechos fundamentales de los que se sustancia la igualdad. El segundo – ligado a la dimensión práctica de la *efectividad* del mismo principio- es el de las

³⁰⁵ Para recurrir a dicha interpretación el informe citó el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. “Cuando la interpretación basada en la intención de las partes tal cual está expresada deja abierto un significado ambiguo o vago, o un resultado que es manifiestamente absurdo o irracional, el artículo 32 provee un recurso a medios suplementarios de interpretación, incluyendo los trabajos preparatorios del Tratado y las circunstancias de su conclusión (...)”. Véase en: *Background conference document about Legal Capacity*, op cit., p.12.

³⁰⁶ Artículo 15.2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, A.G. res. 34/180, 34 U.N. GAOR Sup. (No. 46) p. 193, ONU Doc. A/34/46, *entrada en vigor* 3 de septiembre de 1981.

³⁰⁷ *Background conference document about Legal Capacity*, ob. cit. p. 17.

³⁰⁸ Ferrajoli. L, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid, 1999. p. 83

discriminaciones de las mujeres de las que se le viola este principio y de las específicas garantías jurídicas requeridas para su remoción³⁰⁹.

Siguiendo con el autor, diremos que la valorización de la diferencia sexual se funda principalmente en el principio normativo de la igualdad, en el sentido indicado de que la igualdad consiste en el igual valor de las diferencias como rasgos constitutivos de la identidad de las personas y es como tal asegurada por el carácter universal de los derechos fundamentales³¹⁰.

En este sentido, el Comité de la CEFDM ha expresado que “cuando los países limitan la capacidad jurídica de una mujer mediante sus leyes, o permiten que los individuos o las instituciones hagan otro tanto, le están negando su derecho a la igualdad con el hombre y limitan su capacidad de proveer a sus necesidades y las de sus familiares a cargo”³¹¹. Ferrajoli insiste en que “las dimensiones de igualdad dependen de un lado, de la extensión de la clase de sujetos (todos) a que se refiere la igualdad; del otro, de la cantidad de los derechos que le son reconocidos y garantizados de forma universal. Bajo ambos aspectos, *universalismo de los derechos fundamentales e igualdad jurídica* son exactamente la misma cosa”³¹². Diríamos entonces que, quien vulnera el principio de igualdad, estará vulnerando los derechos humanos.

Por otro lado, se ha afirmado que el artículo 15 requiere que los Estados Parte revoquen o enmienden cualquier ley o instrumento que pueda tener el efecto de restringir la capacidad jurídica de la mujer, y que tomen todas las medidas necesarias —incluso legislativas— para asegurar igualdad plena a la mujer en el campo del derecho civil³¹³. Al respecto podemos citar como ejemplo de estas medidas, la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujer y hombre. (LOIMH) del ordenamiento jurídico Español, que dispone en su art. 1.1: “*Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes. Esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o*

³⁰⁹ Ídem

³¹⁰ Ferrajoli. L, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, ob. cit. p. 84.

³¹¹ Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *General Recommendation No. 21*, en *Modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad*, Palacios Agustina, ob. cit. p.445

³¹² Ferrajoli. L *Derechos y garantías: la ley del más débil*, ob. cit. p .81

³¹³ Palacios Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad*, ob. cit. p.445 y 446.

*condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria*³¹⁴.

El artículo 15.2 de la CEFDM, garantiza a la mujer igual capacidad jurídica que el hombre, y la misma oportunidad de “ejercer dicha capacidad”. Esta cláusula —que encuentra su corolario en el principio de autonomía o autodeterminación, conforme con el cual toda persona se presume de ser capaz de elegir opciones y realizar actos, con independencia de su conciencia— no provee una definición de capacidad jurídica, ni es una definición contenida en otro instrumento internacional. De este modo, surge la cuestión relativa a la relación entre capacidad jurídica por un lado, y el concepto de capacidad de ser una persona bajo la ley y la capacidad de actuar, por el otro³¹⁵.

Para dilucidar esta cuestión y aclarar el alcance de la disposición citada, el Documento apeló nuevamente a una interpretación del artículo 15 de la CEFDM, de conformidad con las reglas de interpretación codificadas en la Convención de Viena de los Tratados de 1969³¹⁶. Así, se dijo que el significado corriente de un término puede ser establecido en primer lugar haciendo referencia al diccionario. Y se citó el *Webster's New Millennium Dictionary of English*, que define a la capacidad jurídica como “la habilidad de una persona y el poder bajo el derecho de emprender una empresa o entablar una transacción o mantener un estatus particular o una relación con otra persona”³¹⁷. De este modo, el Documento indicaba que, al hacer referencia a la habilidad de llevar adelante una acción en particular o de ser parte de una determinada relación jurídica, esta definición parece sugerir que el término “capacidad jurídica” tiene elementos en común con la capacidad de obrar, entendida como la capacidad de celebrar actos con efectos jurídicos³¹⁸.

A su vez, se agregó que un análisis del contexto en el cual el término “capacidad jurídica” es utilizado, provee elementos adicionales a favor de esta interpretación. Y las

³¹⁴ Ley orgánica 3/2007, publicada 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujer y hombre. En el ordenamiento jurídico Español, Artículo 1.1

³¹⁵ *Background conference document about Legal Capacity*, ob. cit. párr. 18.

³¹⁶ Ídem, párr. 19.

³¹⁷ *Webster's New Millennium Dictionary of English*, Preview Edition, Lexico Publishing Group, 2003-2005, available at www.dictionary.com

³¹⁸ Esta interpretación sería, asimismo, reforzada por el análisis del término “capacidad jurídica” utilizado en otros sistemas legales. En *Modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad*, Palacios Agustina, ob. cit. p.448.

referencias a “cuestiones civiles” en la primera oración del artículo 15.2., como a las áreas específicas del derecho civil en donde la mujer ha sido tradicionalmente discriminada en la segunda oración, solo pueden explicarse como referencias a la capacidad de obrar. Si el término *capacidad jurídica* fuera entendido como sinónimo de “capacidad de ser persona bajo la ley”, el significado de la segunda parte de dicha oración (“...y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad”) resultaría poco razonable, desde que la personalidad es considerada como una cualidad inherente del ser humano. El uso del verbo “ejercitar”, asimismo, lógicamente presupone una acción más que la adquisición de un estatus (reconocimiento como persona ante la ley)³¹⁹.

Finalmente, esta interpretación del término “capacidad jurídica”, comprensiva de la capacidad de obrar es también apoyada por un análisis de esta disposición en conjunto con el texto completo del artículo 15 a la luz del “objeto y propósito” del Tratado (interpretación sistemática). El artículo 15.1. Pretende garantizar a la mujer igualdad con el hombre bajo la ley. Este principio presupone un derecho de la mujer a un igual reconocimiento como “personas” bajo la ley, y una interpretación que es también apoyada por un análisis de los trabajos preparatorios. Por ello, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos consideró que parece razonable interpretar el primer párrafo como un restablecimiento del principio general de igualdad, y los párrafos siguientes como una aplicación específica de dicho principio general en los campos donde la mujer solía ser más discriminada³²⁰: conclusión de contratos y administración de la propiedad (párr. 2 y 3),³²¹ acceso a la justicia (párr. 2) y libertad de movimiento, incluyendo la libertad de decidir sobre su residencia y domicilio (párr. 4)³²².

³¹⁹ *Background conference document about Legal Capacity*, ob, cit., párr. 20

³²⁰ Ídem, párr. 21.

³²¹ Artículo 15 de la CFDM, párrafos 2 y 3, que establecen: “2. *Los Estados Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales.* 3. *Los Estados Partes convienen en que todo contrato o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer se considerará nulo.*”

³²² Ídem, párrafo 4 que establece: “*Los Estados Partes reconocerán al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio.*”

En base a las razones citadas, se concluyó que la historia del borrador del artículo 15.2. CEFDM, confirma que el término “capacidad jurídica” se debe leer entendiendo que incluye la capacidad de obrar³²³.

Esta interpretación es importante, ya que si otro Tratado temático sobre derechos humanos, que se refiere a la mujer, al utilizar el término capacidad jurídica lo hace integrando en su significado la capacidad de obrar, parece no haber razones para entender que otro Tratado temático, que aborda los derechos de otro colectivo, en este caso, las personas con discapacidad, le asigne otro significado, o uno más restringido.

(ii) Perspectiva del derecho comparado

Ahora bien, como se ha mencionado, la segunda parte del documento elaborado por el Alto Comisionado abordó el estudio del Derecho comparado, asumiendo básicamente el análisis de dos ordenamientos jurídicos: el francés y el español.

En relación al primero, es decir el Derecho francés, se comentó que la *personnalité juridique* constituye una precondition para la adquisición de capacidad jurídica (*capacité juridique*) definida en francés como *l’aptitude à devenir sujet de droits ou d’obligations et à exercer ou remplir par soi-même ces droits et obligations*³²⁴.

En el concepto de capacidad pueden ser identificados dos aspectos por separado: la *capacidad de goce*, esto es la capacidad de ser un titular potencial de derechos, y la *capacidad de ejercicio*, que es la capacidad para ejercer dichos derechos. La *capacité de jouissance* (capacidad de goce) pertenece a todas las personas y no puede ser restringida ni excluida. La capacidad de obrar, por otro lado, presupone la existencia de ciertos elementos adicionales (...) y puede ser excluida (*incapacité générale d’exercice*) o limitada (*incapacité speciale d’exercice*) en ciertas circunstancias según el Derecho francés³²⁵.

³²³ Background conference document about Legal Capacity, cit., párr. 23. Para un análisis de los trabajos preparatorios de la Convención citada, Vid. REHOF, L. A., Guide to the “Travaux Préparatoires” of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Martinus Nijhoff, 1993. En *Modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad*, Palacios Agustina, ob. cit. p.449.

³²⁴ Ídem, párr. 29.

³²⁵ Ídem, párr. 30.

Sin lugar a dudas, con relación al significado que se le asigna al término “capacidad jurídica”, el Derecho francés incluye tanto la capacidad de goce como la capacidad de ejercicio.

Con relación al Derecho español, el documento elaborado por el Alto Comisionado expresa que la capacidad jurídica puede ser definida como *la aptitud e idoneidad de un sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, y, en general, de relaciones jurídicas*³²⁶.

En el Derecho español, el concepto de capacidad jurídica presupone una actitud estática del sujeto, a quien, por el solo hecho de ser persona y por su dignidad como tal, el ordenamiento jurídico le inviste de una amplia capacidad jurídica, tanto en la esfera personal, como en la familiar o patrimonial. Pero, la capacidad jurídica no debería ser confundida con la capacidad de obrar o capacidad de ejercicio, prevista como la aptitud de poner en movimiento por sí mismo los poderes y facultades que surjan de los derechos o la de cumplir por sí mismo con sus deberes jurídicos. La capacidad de obrar alude a la aptitud de la persona para realizar actos jurídicos de manera directa y válida. Dicho de otro modo, la capacidad de obrar es una cualidad que se predica respecto de la persona cuando ésta es hábil para ejercitar por sí misma sus propios derechos y, en general, para desenvolverse con autonomía en la vida jurídica³²⁷.

A diferencia de la capacidad jurídica, la capacidad de obrar puede encontrarse sujeta a limitaciones. De este modo, es posible distinguir entre la capacidad de obrar plena (que es la norma) y la capacidad de obrar limitada o restringida. La primera se define como la capacidad de realizar por sí mismo todo acto que interese a la esfera jurídica del sujeto. Se adquiere al llegar a la mayoría de edad, y comprende también la plena capacidad de disponer. La capacidad de obrar limitada o restringida es una capacidad que, respecto de la anterior, no es plena (...) ya que ciertos actos no pueden ser realizados sino con la asistencia de otras personas³²⁸.

³²⁶ Ídem, párr. 32, en donde se cita a Del Arco Torres, M. A. Y Pons González, ‘*Capacidad jurídica*’, en *Diccionario de Derecho Civil*, Tomo Primero (A-G), Editorial Aranzadi, 1984, p. 196. En *Modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad*, Palacios Agustina, ob. cit. p.449.

³²⁷ Ídem.

³²⁸ Ídem párr. 33. Respecto de esto último, Vid. Soto, Ruiz., J.J., “El estatus jurídico de las personas con discapacidad en las leyes de cabecera del ordenamiento jurídico privado”, en *Tratado sobre Discapacidad*, ob. cit., p. 577-622. El autor realiza un excelente análisis respecto de la capacidad jurídica y de obrar, a la luz del nuevo paradigma basado en la asistencia para la toma de decisiones.

De este modo, en el Derecho español la connotación del término “capacidad jurídica” parece referirse, de manera restringida, solo a la capacidad de goce o de derecho³²⁹.

(iii) Perspectiva del Common law

Finalmente, el documento elaborado por el Alto Comisionado para los derechos humanos abordó el análisis del término capacidad jurídica en el sistema del *common law*. Se destacó que en las jurisdicciones basadas en el *common law*, la personalidad jurídica se refiere de manera abstracta a la habilidad general de una persona para ser objeto de obligaciones legales. Por ello, todos los seres humanos tienen personalidad jurídica como personas naturales³³⁰.

La capacidad jurídica define las relaciones jurídicas de manera más específica, y es generalmente considerada como la habilidad de una persona, sea natural o jurídica, de asumir actos legales particulares, incluyendo la reivindicación de derechos y el compromiso de obligaciones³³¹.

En el *common law*, la capacidad jurídica de las personas naturales varía según el contexto. En lo que se refiere a normas de derechos humanos, reestablecen ciertos derechos y remedios que pertenecen a todas las personas. Sin embargo, en otros campos del Derecho, las normas confieren diferentes facultades jurídicas solo a ciertos grupos de personas y en diferentes grados³³².

³²⁹ Aunque se volverá sobre este tema, debe aclararse, sin embargo, que esta interpretación es válida exclusivamente para el ordenamiento jurídico español, pero no para el resto de ordenamientos jurídicos, que si bien utilizan el lenguaje español, tienen sistemas diferentes a la hora de abordar la capacidad de las personas. Así, por ejemplo, el sistema previsto en el ordenamiento jurídico argentino, se encuentra basado en el derecho francés, y por ello el término “capacidad jurídica” engloba tanto la capacidad de goce como la capacidad de obrar.

³³⁰ *Background conference document about Legal Capacity*, ob. cit. párr. 34.

³³¹ Ídem, párr. 35.

³³² Así, por ejemplo, el derecho al voto, a beber alcohol y a casarse varía según la edad.

En el contexto criminal, una combinación de normas y el common law definen la extensión en que los menores, las personas con discapacidades mentales u otras tienen la capacidad de ser sujetos de procedimientos criminales y de ser legalmente responsables. Los derechos pueden variar según la discapacidad mental de los pacientes sobre la base de su capacidad individual de entender y responder ante determinadas situaciones. La capacidad jurídica ha sido definida en otras situaciones por el common law. Así, por ejemplo, en Reino Unido, la capacidad de un niño o niña para consentir un tratamiento médico fue considerada por la Casa de los Lores como una situación que habrá que analizar caso por caso, en función de la habilidad del niño o niña para entender el tratamiento y sus implicancias. Ídem, párr. 36.

En definitiva, puede decirse que en common law, la referencia al término “legal capacity”, engloba tanto la capacidad de goce como la de obrar. Y esta última, puede ser restringida en algunas materias y grados. En consecuencia, pareciera ser similar en cuanto al significado del término, al derecho francés.

Del documento elaborado por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, teniendo en cuenta el análisis del derecho internacional en la materia, y teniendo presente una aproximación desde el Derecho comparado, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

(i) La capacidad de ser una persona bajo la ley pertenece a todos los seres humanos desde el momento del nacimiento y se pierde solo con la muerte, por lo que no puede ser sujeta a ninguna limitación por parte del Estado³³³.

(ii) El análisis del contenido y la negociación histórica del artículo 16 del PIDCP y del artículo 15.2 de la CEFDM, como también la evaluación comparativa respecto de la manera en que los términos “reconocimiento como persona ante la ley” y “capacidad jurídica” (o sus equivalentes) son utilizados en los diferentes sistemas legales, muestra que los dos términos son diferentes. El “derecho a ser reconocido como persona bajo la ley” dota al ser humano de la capacidad de ser reconocido como persona en el ordenamiento jurídico, y así es un requisito previo necesario para todos los demás derechos. El concepto de “capacidad jurídica” es un concepto más amplio que lógicamente presupone la capacidad de ser un potencial titular de derechos y obligaciones (elemento estático), pero también supone la capacidad de ejercitar esos derechos y asumir esas obligaciones por sí mismos, esto es, sin asistencia o representación de terceros (elemento dinámico).

Así, la capacidad jurídica incluye la “capacidad de obrar”, entendida como la capacidad y la facultad de asumir una transacción, mantener una relación o un estatus determinado con otra persona, y de manera más general de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas³³⁴.

³³³ ídem, párr. 38.

³³⁴ Ibídem, párr. 37. Es importante destacar que desde la Subcomisión de Expertos de la ONU del Real Patronato de la Discapacidad, organismo autónomo del MTAS español, se ha señalado en su Informe correspondiente a la Séptima Sesión del Comité Especial “la necesidad de que el reconocimiento de la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad incluya la capacidad de obrar. Cuando el ejercicio de la capacidad de obrar de modo autónomo y personal pueda verse dificultado a causa de la discapacidad, los Estados deberían proveer un sistema de apoyo para el ejercicio de dicha capacidad jurídica, así como garantizar la protección contra el abuso en dicho apoyo, protección que no debe presuponer el modelo de

La capacidad jurídica, por tanto, puede ser definida como la capacidad y el poder de ejercicio de derechos y la asunción de obligaciones por medio de sí mismo, esto es, sin la asistencia de representación por un tercero. Dicho concepto, “lógicamente presupone la habilidad de ser un potencial titular de derechos y obligaciones (elemento estático) y supone la capacidad de ejercer dichos derechos y de asumir dichas obligaciones, creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas (elemento dinámico)”³³⁵.

A diferencia de la capacidad de ser una persona bajo la ley —que pertenece a todos los seres humanos desde el momento del nacimiento y se pierde solo con la muerte— el ejercicio actual de la capacidad de obrar se encuentra sujeto a la posesión de ciertos requisitos adicionales, como una edad mínima y la capacidad de entender el significado de las acciones propias y sus consecuencias. Asimismo, teniendo en cuenta los sistemas actuales de regulación de la materia, la capacidad de obrar —que se presume en los adultos mayores— puede ser limitada o restringida cuando las personas se consideran incapaces de proteger sus propios intereses. En dichos casos, “la persona permanece siendo titular de derechos sustantivos (por ejemplo, el derecho de propiedad, o el derecho de heredar) pero no puede ejercer dichos derechos (por ejemplo, vender su propiedad o aceptar una herencia) sin la asistencia de una tercera persona, nombrada de conformidad con las salvaguardas procedimentales establecidas por ley”³³⁶.

El Informe deja claro, por tanto, que el significado del término capacidad jurídica engloba, tanto en el derecho internacional como en gran parte del derecho comparado, a la capacidad de obrar. Sin embargo, ello no obsta, según la legislación actual, que dicha capacidad de obrar pueda ser restringida. No obstante, hay que preguntarse si cabe tal *restricción* desde el paradigma de asistencia y apoyo en la toma de decisiones. Se volverá sobre este tema más adelante.

De lo expresado, podemos determinar que en el texto final del artículo 12 se incluye, la titularidad y posibilidad de ejercicio de derechos.

tutela actual. ”. Cfr. Cabra De Luna, M.A., Bariffi, F, y Palacios, A., *Derechos humanos de las personas con discapacidad*, ob. cit., p. 36.

³³⁵ Ídem, párr. 24.

³³⁶ Ídem, párr. 25.

1.2. Transitando hacia el nuevo paradigma: conflictos y alcances de la interpretación del artículo 12 de la convención.

Aunque la institución de la capacidad jurídica ha sido tradicionalmente abordada desde la perspectiva del derecho privado sobre la base de los antecedentes históricos del derecho romano, hoy en la sociedad contemporánea, “parece indudable que el establecimiento de sus condiciones jurídicas de ejercicio, está directamente condicionado por estándares de derechos humanos y libertades fundamentales de carácter universal”³³⁷.

Claramente la misma esencia del concepto y fundamento de los derechos humanos supone considerar que toda persona debe tener ciertos derechos sin condicionantes ni discriminación alguna. O en otras palabras, no puede haber seres humanos, sin derechos³³⁸. Así, en el último siglo, la reivindicación y reconocimiento de derechos generales o específicos ha sido incesante, al punto de contar hoy día, con una especie de código universal de derechos humanos.

Ahora bien, sin perjuicio del valor histórico, político y social que los derechos han adquirido como limitaciones al poder³³⁹, las reivindicaciones del último medio siglo en materia de derechos humanos ya no apuntan tanto al reconocimiento de derechos, sino más bien al cumplimiento o a la realización de los mismos, para lo cual, previa y necesariamente, es preciso centrarse en el ejercicio, es decir, en la capacidad de una persona de ejercer según su propia voluntad, los derechos reconocidos³⁴⁰.

Por ello, la conexión entre capacidad jurídica (entendida como la dimensión del acceso al ejercicio de los derechos) y los derechos humanos; nos permite situar a las condiciones de ejercicio estipuladas en normas universales, por encima de toda consideración nacional, cultural, religiosa, e incluso cuestionar instituciones jurídicas con más de un milenio de vigencia, guiados por el principio *pro homine* como máxima

³³⁷ Véase en este sentido el trabajo de Perlin, M. L., «International Human Rights Law and Comparative Mental Disability Law: The Universal Factors», *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol., 34, 2006-2007, pgs. 333-357.

³³⁸ El reconocimiento de la personalidad jurídica supone una condición previa e ineludible para el goce y ejercicio de todos los derechos individuales, [... sin este derecho el individuo podría ser reducido a un mero bien (*legal object*), donde dicho individuo no sería considerado una persona en el sentido jurídico, y por tanto, podría ser privado de todos los demás derechos, incluido el derecho a la vida...], NOWAK, M., *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2nd revised edition, N. P. Engel Publisher, 2005, p. 369.

³³⁹ De Asís R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000.

³⁴⁰ Steiner, H., Alston, P., Goodman, R. *International human rights in context: law, politics, morals: text and materials*, Oxford University Press 2008.

aspiración de justicia³⁴¹. Nuevamente Quinn comenta, que “el antiguo vocabulario claramente no ayuda, y a menudo es degradante, creando inútilmente una división. Lo que hace el antiguo vocabulario respecto a la tutela y a la toma de decisión substituta, es seguir una línea que no tiene un fin más que el mismo principio. Necesitamos de alguna forma romper con aquéllos círculos, para que se pueda maximizar el potencial de *libertad* que tiene el Artículo 12³⁴²”.

El cambio de paradigma jurídico significa que las instituciones y los conceptos jurídicos anteriores, en su significado tradicional, ya no sirven para dar cuenta de la realidad de las personas con discapacidad. Además, todo nuevo paradigma incorpora un cambio global del lenguaje y nuevos modelos o metáforas³⁴³.

Esto nos lleva a reflexionar sobre las consecuencias que puede tener el modo en que se logre plasmar el cambio de paradigma que nos plantea el artículo 12 de la CDPD. En este sentido, parece importante tener presente algunas cuestiones.

La primera cuestión, se relaciona con la consideración de la Convención como el mayor estándar de protección universal de los derechos humanos de las personas con discapacidad. A esta altura, parece indudable que este Tratado propone un cambio de paradigma en relación con la capacidad jurídica de las personas con discapacidad³⁴⁴. Este nuevo paradigma se “manifiesta en el reconocimiento categórico de la dignidad e igualdad de la persona con discapacidad, fundamento y consecuencia, el factor que ponen mejor de relieve el cambio: la primacía del principio de libertad”³⁴⁵.

El nuevo paradigma, se presenta como un criterio respetuoso con la importancia de la decisión y los valores de la persona con discapacidad en la toma de decisiones. Cada ser

³⁴¹ En este sentido, resulta ilustrativa la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en especial: *Shtukaturv v. Russia*, EHRR, 44009/05 (27 March 2008) (JUR 2008, 86926), *H.F. v. Slovakia*, ECHR, 54797/00 (8 November 2005) (TEDH 2005, 121). En texto *Hacia un derecho de la discapacidad*, Estudio en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo, autor Pérez Bueno, Luis Cayo, cap.12 “*capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU*”, Ed. Aranzadi, Madrid, 2009.

³⁴² Quinn G, *La personalidad y la capacidad jurídica. Perspectiva sobre el cambio de paradigma del Art. 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Conferencia HPOD. Escuela de Derecho de Harvard, ob. cit. p. 3.

³⁴³ Kuhn, T.S., *¿Qué son las revoluciones científicas?*, Traducción de J. Romo, en *El camino desde la estructura*. Ensayos filosóficos 1970-1993, con una entrevista autobiográfica, J. Connant; J. Haugeland (compiladores) Barcelona, Paidós, 2002, p. 43 y 44.

³⁴⁴ Palacios Agustina, *La capacidad jurídica. Una nueva mirada desde el modelo social de discapacidad y los derechos humanos*, artículo publicado por la Red de Expertos iberoamericanos sobre los derechos de las personas con discapacidad, en: www.redcdpd.org/es/projects/view/3

³⁴⁵ García., *El mayor interés en la esfera personal del incapaz.*, ob. cit. p. 18

humano es el “mejor juez de sus propios deseos, y ha de ser quien lo evalúe y convierta esos deseos en razones para actuar”³⁴⁶.

Ahora bien, este cambio, desde una perspectiva legal implica el establecimiento de una norma internacional emergente y sin precedentes en el derecho internacional, tanto en el ámbito de los derechos humanos como en el ámbito de la discapacidad. Ello plantea algunas consideraciones legales que requieren de mayor profundización, puesto que como se ha señalado ya por muchos expertos y por la sociedad civil, existen normas de derecho internacional que se encuentran en colisión con el nuevo modelo estipulado en la Convención³⁴⁷. El conflicto jurídico entre la Convención y las normas no vinculantes se resuelve claramente a favor de la Convención, aunque la falta de apoyo del *soft law* (ley suave) nos impedirá seguramente sostener, al menos a corto plazo, el carácter consuetudinario de la regla del artículo 12. Ante el silencio de los Tratados regionales de derechos humanos al respecto, parece claro que la regla de la CDPD debe primar sobre cualquier otra interpretación. No obstante existen normas vinculantes de carácter regional que claramente contradicen lo estipulado por la Convención, como por ejemplo la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, cuyo artículo 1.2.b establece que: “*en los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación*”³⁴⁸.

En un intento por corregir esta contradicción, es que en la primera reunión extraordinaria del “Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”, realizada en el Salvador, se declara que el criterio establecido en el artículo 1.2, inciso b) in fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de la Organización de estados americanos (en adelante OEA), guarda una seria contradicción con lo establecido por el artículo 2 y 12 de la Convención internacional sobre

³⁴⁶ Mac Intyre, A. *Animales racionales y dependientes*. Ed. Paidós, traducción de B. Martínez de Murguía, Revisión técnica de F Escalante Gonzalbo. Barcelona, 2001. p 71 ss.

³⁴⁷ Ejemplos de dichas normas pueden encontrarse en: Los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental (principio 1.6, o 11.6, 11.15), las Reglas mínimas normalizadas para el tratamiento de los prisioneros, (principio 82), la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (artículo 1.2.b), el Convenio de Oviedo sobre Bioética y Derechos Humanos del Consejo de Europa de 1997 (artículos 6, 7 y 8), entre otras.

³⁴⁸ Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, OEA/Ser. P, AG/RES. 1608 (XXIX-O/99), 7 junio 1999.

los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas y, en consecuencia, entiende que el mismo debe ser reinterpretado en el marco de la vigencia de este último documento. Este criterio de interpretación debería anular, para efectos prácticos, esta primera parte del artículo 1.2.b de la Convención Interamericana que es aclarativa, de modo de iniciar un proceso de transición toda vez que no se puede proponer un cambio inmediato ya que existe una cantidad considerable de personas interdictas³⁴⁹ (incapacitadas). A este respecto, será necesario primeramente solicitar a los Estados que recopilen la información sobre el número de casos de interdicción decididos en las cortes nacionales.

A la par de este criterio de interpretación, se sugirió también en este encuentro, la construcción de un sistema de apoyo alternativo, sustitutivo de la figura de la interdicción, dadas las serias implicaciones de esta institución, explicadas durante la presentación³⁵⁰. También se comentó que un rasgo común en muchos de los países de la región es que los Códigos Civiles derivan del Derecho Romano o del Código Napoleónico que erróneamente consideraban interdictos a personas con discapacidades auditivas o de lenguaje, que hoy en día, con la ayuda de un intérprete, no tendrían por qué ser declarados interdictos³⁵¹.

Tras diversas intervenciones de los miembros del Comité acerca de las connotaciones que debían caracterizar la opinión a preparar, el representante de Argentina y Segundo Vicepresidente ante el Comité, Pablo Rosales, distribuyó en la Primera Reunión del Grupo de Trabajo del CEDDIS el Proyecto titulado “*Opinión del Comité de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de la OEA sobre la necesidad de interpretar el Artículo I.2, Inciso B) In fine en el marco del Artículo 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad ONU*” que establece claramente que³⁵²:

1. La vigencia de la Convención de la ONU de 2006 implica el cambio del paradigma de la sustitución de la voluntad (que caracteriza al modelo de protección de la mayoría de los Códigos Civiles de Latinoamérica) al nuevo paradigma basado en la toma de decisiones

³⁴⁹ Primera reunión extraordinaria del comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. CEDDIS/RES 1(IE/11). Resolución aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada en San salvador, el Salvador, el 4 de mayo de 2011. Documento colgado en la página Web. por la red de expertos iberoamericanos de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Se puede acceder en, www.redcdpd.org.

³⁵⁰ Ídem.

³⁵¹ Ídem

³⁵² Ídem

con apoyos y salvaguardas del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU).

2. Que la mayoría de los Códigos Civiles, principalmente, de los Estados de la región mantienen en sus normativas legales institutos jurídicos como la declaración de insania y la curatela como forma de representación legal de la personas con discapacidad, particularmente, personas con discapacidad auditiva y personas con discapacidad mental o intelectual y que dichas instituciones deben ser revisadas en el marco de lo establecido por el artículo 12 de la Convención de los Derechos de las personas con Discapacidad de Naciones Unidas por mandato del artículo 4 inciso a) y b) de dicha Convención.

3. Que la mayoría de los países miembros de la OEA han suscrito la Convención de Naciones Unidas y que por este motivo, una de las primeras medidas que deben adoptar los Estados es el necesario examen a fondo de la legislación y de las políticas nacionales locales, a la luz del instrumento ratificado, que habrá de considerarse no sólo artículo por artículo sino principalmente en su significado global, no bastando con reformar la legislación sino que es preciso acompañarla con medidas en el plano judicial, administrativo, educativo, financiero y social para hacerla operativa³⁵³.

En estas circunstancias, el Comité resolvió (i) Instar a los Estados partes a que efectúen un estudio comparativo entre su legislación interna y el Derecho nacional de los demás Estados partes en la Convención Interamericana, en lo que respecta a las disposiciones sobre la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, a fin de asegurarse que efectivamente mantienen una regulación acorde con sus necesidades desde todos los estratos sociales, y con la realidad institucional del país, pero en el marco del artículo 12 de la Convención de la ONU, (ii) Instar a los Estados parte de la Convención Interamericana a tomar medidas, en consonancia con el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas, para garantizar el reconocimiento de la capacidad jurídica universal, incluyendo a todas las personas con discapacidad, independientemente de su tipo y grado de discapacidad, y en consecuencia con ello, iniciar en el más breve plazo un proceso de sustitución de la práctica de la interdicción, curatela o cualquier otra forma de representación, que afecte la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, a favor de la práctica de la toma de decisiones con apoyo³⁵⁴.

³⁵³ Ídem

³⁵⁴ Ídem.

Lo anterior significa (i) Capacitar a la población en general, con especial énfasis en los operadores del sistema judicial, sobre el nuevo paradigma vigente de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, incluso aquellas con discapacidades severas, mediante el recurso a sistemas de apoyo para la toma de decisiones,(ii) Tomar medidas urgentes, de orden normativo, para asegurar que el sistema judicial no permita la aprobación de nuevos casos de interdicción, y para impulsar el desarrollo gradual de los sistemas de apoyo para la toma de decisiones así como para la regulación e implementación de instituciones y mecanismos de salvaguarda para prevenir los abusos. Tomar medidas para facilitar el proceso de revisión de los casos de interdicción de personas con discapacidad, con el objeto de adecuarse al nuevo paradigma, con especial énfasis en aquellos que se presenten dudas sobre la existencia de abusos, manipulación de intereses, o abusos (iii) Informar al Comité acerca de las medidas tomadas y los avances que se vaya logrando³⁵⁵.

El conflicto jurídico entre la Convención y las otras fuentes convencionales de carácter vinculante plantea mayores inconvenientes en la medida que se quiera considerar la primacía de un derecho regional. Mediando consentimiento del Estado en cuestión a través de la ratificación de la Convención debemos considerar que ésta es *lex posterior* y, sobre todo, que en aplicación del principio *pro-homine*, debe primar como el mayor estándar de protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Esto a su vez debe tenerse en cuenta al momento de considerar la validez de una reserva en relación con la regla del artículo 12³⁵⁶.

En segundo lugar, resulta importante destacar los alcances de la interpretación del término “capacidad jurídica” recogida en el artículo 12 a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y de los trabajos preparatorios. Es conocido que a partir de la Quinta Sesión del Comité Especial, se comenzó a suscitar un evidente conflicto en relación con la interpretación del término “capacidad jurídica” que se pretendía incluir, en el entonces artículo 9 del borrador de Convención³⁵⁷.

Esto nos lleva a analizar la dinámica de la relación jurídica que presentan la mayoría de los ordenamientos jurídicos internos en la actualidad, donde se distingue entre

³⁵⁵ Ídem

³⁵⁶ Palacios A, *La capacidad jurídica. Una nueva mirada desde el modelo social de discapacidad y los derechos humanos*, ob. cit.p.76.

³⁵⁷ Palacios A, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad*, ob. cit. 380.

una dimensión estática (titularidad de los derechos) y una dimensión dinámica (ejercicio de los derechos), que en determinadas situaciones no se hacen presentes en la misma persona. Así, la condición de *persona* es la puerta de acceso a la titularidad de los derechos, y la *capacidad jurídica*, es la puerta de acceso al ejercicio de los mismos. Sin un reconocimiento pleno de capacidad jurídica, no es posible acceder verdaderamente al ejercicio de los derechos humanos en general, pero tampoco al exhaustivo y detallado listado de derechos reconocidos por la CDPD a todas las personas con discapacidad³⁵⁸. Así, “a pesar que la garantía de acceso al ejercicio de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás, se proyecta como puerta de acceso a todos los derechos reconocidos en la CDPD, esta relación es tan importante, que si no se leen los derechos en conexión con el artículo 12, los mismos resultan meras aspiraciones retóricas”³⁵⁹. En este sentido Quinn señala, que el artículo 12 es emblemático en el cambio de paradigma, al ser “una simple afirmación de que las personas con discapacidad son “sujetos” y no “objetos”, son seres sensibles como todos los demás seres, merecedores del mismo respeto e igual goce de sus derechos”³⁶⁰.

Históricamente, los derechos humanos han velado por garantizar la puerta de acceso a la titularidad de los derechos, estableciendo estándares mínimos de reconocimiento a nivel universal, incluso por encima de cualquier valor o consideración cultural, religiosa, política o de cualquier otra índole. Sin embargo, en los últimos tiempos, la comunidad internacional parece haber hecho eco de la necesidad de incorporar al discurso de los Derechos humanos la necesidad de garantizar la puerta de acceso al ejercicio de los derechos, y más precisamente, introducirse en las condiciones de dicho acceso³⁶¹.

³⁵⁸ Como destaca MINKOWITZ, el modelo adoptado por la CDPD [... reflects established principles in international human rights, such as universality, indivisibility, interdependence, and inter-relatedness of all human rights, and the recognition that the realization of economic, social and cultural rights are necessary to the dignity and free development of the personality of any individual...] MINKOWITZ, T., «The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Right to be Free from Nonconsensual Psychiatric Interventions», *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol., 34, 2006-2007, pgs. 408-409. En *Hacia un derecho de la discapacidad*, Cayo, L (dirección) y Sastre, A (edición) homenaje al profesor Lorenzo, capítulo 12 *Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU*, Ob.cit, p. 357.

³⁵⁹ Bariffi, F, *Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU* Cayo, L (dirección) y Sastre, A (edición) *Hacia un derecho de la discapacidad*, ob. cit. p.358.

³⁶⁰ Quinn G, *La personalidad y la capacidad jurídica. Perspectiva sobre el cambio de paradigma del Art. 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, ob. cit. p 3.

³⁶¹ Véase al respecto SCOTT, W: *Guide to Sources in International and Comparative Disability Law*, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol., 34, 2006-2007 p. 621-671.

Efectivamente hay que ir más allá, buscando quizás una dimensión más sustancial de los derechos que la puramente formal, Quinn al respecto nos dice, no estar de acuerdo con que el derecho no es más que una aplicación de la filosofía política, pero que es un mérito el volver sobre nuestros pasos a fin de recuperar ideas que ayuden a proveer un compás de ética en el nuevo derecho impuesto por el artículo 12, una herramienta que nos ayude a hacernos una idea de lo que significa este impulso moral y normativo”³⁶². Este impulso quizás vendría de la mano, de una revisión del principio de igualdad y de una reflexión de la noción de dignidad conocida hasta ahora, que está fundamentada en un modelo de individuo estándar.

Diremos entonces que la capacidad jurídica cumple un rol imprescindible a la hora de comprender en su plenitud este instrumento internacional. Consideramos que es un “elemento transversal”, que garantiza de manera inequívoca el ejercicio real de los derechos sustantivos que subyacen en la convención. De su fiel interpretación dependerá que el espíritu de la convención se vea plasmado en el ordenamiento jurídico interno. En efecto “en muchos casos, la comprensión, reconocimiento y garantía de los derechos está afectada por la forma con que la comunidad se enfrenta al tratamiento de esta cuestión. Se trata de un fenómeno que va mas allá de las propias normas jurídica y que posee una incidencia mayor cuando se trata de derechos. Y ello porque la interpretación de los derechos posee una serie de dimensiones que la hacen específica, entre los que destaca la ausencia de referentes normativos”³⁶³.

Es por esto que toda decisión interpretativa sobre un derecho, expresa en mayor o en menor medida, un punto de vista del intérprete. Obviamente, “no todo punto de vista es admisible, ya que en ocasiones, el propio texto condiciona el punto de partida de la interpretación. Sin embargo, en otras ocasiones no es el texto sino la propia comunidad jurídica, la que delimita la interpretación. Así por ejemplo, como es sabido, el Art.13 de la declaración universal de derechos humanos, se refiere a la libertad de circulación. Su apartado primero señala, “toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un estado”. Por su parte, el apartado segundo dice: “toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”.

³⁶² Quinn G, *La personalidad y la capacidad jurídica. Perspectiva sobre el cambio de paradigma del Art. 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. ob. cit. p. 3.

³⁶³ De Asís, R., “Los derechos y la argumentación judicial”, en *revista parlamentaria* de la asamblea de Madrid, N° 10, 2004.p 13 a 33.

Pues bien este artículo es interpretado mayoritariamente en el sentido de que a través de él se reconoce el derecho de salir pero no el de entrar en el país. Esta forma de interpretar la normativa condiciona la discusión, en el sentido de que este es su punto de partida. Quien argumenta sobre el derecho de entrar a un país, lo hace como excepción a la regla contenida en este precepto. Sin embargo, también podría interpretarse este artículo en el sentido de que reconoce el derecho de entrada y de salida, y que este fuera el punto de partida de la discusión. Así, las limitaciones a la entrada, serían ahora las excepciones a la regla”³⁶⁴.

Es lo que sucede cuando se trata de aplicar e interpretar los derechos. En este caso, “el intérprete no tiene normas superiores que sirvan de límite o de guía. Las normas relativas a los derechos no poseen otras normas de valor jerárquico superior, por lo que su interpretación y aplicación expresan una forma de entender y justificar los derechos, en definitiva, una Teoría de los derechos”³⁶⁵. O sea los derechos son un referente que debe ser considerado al momento de aplicar e interpretar cualquier norma.

Este ejemplo nos lleva a reflexionar con respecto de cómo debería de interpretarse el Art. 12 por parte de los estados que han ratificado la CDPD, así como el posible impacto en el proceso de aplicación en las legislaciones domésticas.

Este nuevo paradigma que se ha planteado a través del artículo 12 constituye muy probablemente el mayor desafío que presenta la Convención, y que se resume en la idea de garantizar la igualdad en el ámbito de la capacidad jurídica. Los trabajos preparatorios y el debate previo (a la aprobación de la convención) muestran que si bien el modelo social fue más fácilmente aceptado con respecto a la diversidad funcional física o sensorial, parece que falta mucho camino por andar y muchas barreras y prejuicios que derribar en lo que a diversidades psicosociales o intelectuales se trate³⁶⁶. Podemos decir que, la primera década del siglo XXI está siendo vertiginosa, con cambios normativos que deberán tener reflejo en la sociedad, esperamos que en un tiempo corto, y sobre todo lo que es más importante con unas implicaciones en la sociedad que permitan contemplar a las personas con

³⁶⁴ De Asís, R, *Convención de la ONU como fuente de un nuevo Derecho de la discapacidad*, en *Hacia un derecho de las personas con discapacidad*, Cayo L., (Director), Sastre, A, (ediciones), Carballeda, M (prologuista), ob. cit. p. 314 y 315.

³⁶⁵ De Asís, R. *Derechos humanos y discapacidad. algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos*. En Campoy, I y Palacios, A *igualdad no discriminación y discapacidad. Una visión integradora de las realidades Española y Argentina*, Ed, Dykinson, Madrid, 2007. p 26.

³⁶⁶ Palacios A, *La capacidad jurídica. Una nueva mirada desde el modelo social de discapacidad y los derechos humanos*, ob. cit. p.6.

discapacidad, en primer lugar como personas, sin aditamentos o perjuicios que distorsionen esa realidad primera. El discurso de la discapacidad es ya un discurso sobre demandas éticamente justificable y amparado por el derecho. Así las personas con discapacidad han de ser capaces de transformarse y adaptarse y de auto reconocerse como ciudadanos con derechos y obligaciones³⁶⁷.

Así también lo ha manifestado Quinn: *“no creo exagerar cuando expreso mi pensamiento acerca de que la reforma al tema de la capacidad jurídica, es de la mayor importancia, hasta el momento, en el marco de la comunidad jurídica internacional. Potencialmente, afecta a cada uno de nosotros en nuestras vidas, y de hecho, todos formamos parte de este debate. Esto es porque lo que está en juego trasciende al tema discapacidad, y va directamente a aquello referido a lo que entendemos por persona”*³⁶⁸.

Veremos a continuación, como quedo redactado el texto final del art.12, acompañado por sugerentes comentarios realizados por el profesor G. Quinn.

El inciso 1 del artículo 12, señala que, *“los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes a ser reconocidas como personas ante la ley”*. Este párrafo alude al elemento de la capacidad jurídica que se refiere a la titularidad de derechos, y reconoce la personalidad jurídica de las personas con discapacidad.

Al respecto Quinn cuestiona la redacción del párrafo: *“¿cómo están conectados todas aquéllas discusiones filosóficas que hemos visto hasta ahora con el texto de la CDPD? No es sorprendente que se encuentre al artículo 12.1 como destacable, en el sentido de que es tan obvio que es increíble que exista, declara lo obvio, expresa que las personas con discapacidad son personas ante los ojos de la ley. Ahora bien, esto no es solo el registro que hacen nuestros padres cuando nacemos sino que es mucho más profundo y las preguntas son más profundas respecto a que significa ser una persona ante la ley. Tenemos que reconocer esto de manera inmediata”*³⁶⁹.

³⁶⁷ Moral, O ., *Las insuficiencias de la legislación Española en materia de discapacidad: Sistematización de las denuncias y quejas de la ciudadanía con discapacidad*, en Hacia un derecho de las personas con discapacidad, Cayo L., (Director), Sastre, A, (ediciones), Carballeda, M (prologuista), ob.cit., p. 298 y 299

³⁶⁸ Quinn G, *La personalidad y la capacidad jurídica. Perspectiva sobre el cambio de paradigma del Art. 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, ob. cit. p 13.

³⁶⁹ Quinn, G., *La personalidad y la capacidad jurídica. Perspectiva sobre el cambio de paradigma del Art. 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. ob. cit. p. 13.

El párrafo 2 del artículo 12 establece que “*Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.*” Un ciudadano sin discapacidad que es propietario de un bien inmueble, o de un automóvil, de un caballo o de un libro, tiene el derecho de vender la casa, de alquilar el automóvil, de donar el caballo o de prestar el libro. Todas las posibilidades anteriores, y otros actos de disposición que son inherentes a su calidad de propietario, son manifestaciones de su capacidad jurídica. El inciso 2, al extender los mismos derechos a las personas con discapacidad, alude a la posibilidad de ejercicio de derechos como componente de la capacidad jurídica. La inclusión de los principios de reconocimiento de la autonomía individual, prohibición de discriminación, e igualdad de oportunidades, entre los principios generales de la Convención que los Estados partes deben respetar, constituye una prueba de la naturaleza no negociable de este compromiso³⁷⁰.

Esta obligación exige a los Estados, por un lado, abstenerse de acciones que socaven estos principios y, por otro, emprender las medidas que los promuevan. Este inciso confirma que la capacidad jurídica establecida en la CDPD, se refiere al ejercicio de los derechos, y por lo tanto a tomar las decisiones de manera independiente³⁷¹.

Al respecto el profesor de Galway comenta: “¿cómo se persuade a la opinión pública de que el concepto “en igualdad de condiciones con los demás” es real? Recordemos el edicto Aristotélico: “tratar a los hombres como iguales en lo que son iguales y como desiguales en lo que son desiguales”. Esto deja un margen a los tribunales para que puedan caracterizar la diferencia de la discapacidad como una diferencia profunda y así entonces retrocederían al estatus basado en el razonamiento y de esta manera, se haría parecer que está bien, que es racional el no poder disfrutar de una capacidad jurídica, fundamentando esto no solamente en nombre del pensamiento igualitario, sino, incluso garantizándolo por él. Para resolver este problema valientemente, es necesario hacer una combinación del artículo 12.3 y 12.1. Todos somos personas, todos exhibimos una mezcla, a veces somos estables y a veces inestables, en referencia a la racionalidad e irracionalidad.

³⁷⁰ Opinión legal del Artículo 12. Texto colgado en la página web de la Red iberoamericana de Expertos de la CDPD. www.redcdpd.org.

³⁷¹ Ídem.

Todos pertenecemos a un mismo espacio social, por lo que estamos vinculados socialmente, incluso si nos esforzamos a tener nuestra propia identidad”³⁷².

Todos dependemos de una red de apoyos que aumentan nuestra personalidad. Estos soportes van más allá de la toma de decisiones, “lo que hacen es apoyar y valorar el sentido de nosotros mismos, es decir, el sentido de cómo nos vemos. Nos brindan suficiente confianza para comenzar a originar una autonomía y luego poder darle una forma acorde a mis propias decisiones. Ésta es una profunda encrucijada de la que casi nunca nos damos cuenta, pero existe. Por supuesto, que alguno de nosotros, no muy seguido, toma decisiones importantes sin consultar a alguien de su confianza como la familia, amigos o mentores”³⁷³.

Continúa el autor señalándonos lo siguiente : “Veo al artículo 12, el cual asegura nuestro derecho al goce de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas, en todos los aspectos de la vida, como un avance en la personalidad en ambos sentidos (positivo y negativo). En el sentido positivo porque debería ser utilizado para tener oportunidades para una libre interacción en el “mundo de la vida” a través de un contrato. Personalmente, ésta es la función constructiva más importante del artículo 12.2. Obviamente, juega un rol fundamental en la defensa de uno mismo para mantenernos alejados de las intrusiones injustificadas de terceras personas, e incluso, del Estado mismo. Esto también es alcanzado por otros artículos en la Convención”³⁷⁴.

Sin embargo Quinn nos advierte que no es del todo clara la frase *en todos los aspectos de la vida*, en el sentido de que le da al Estado una excusa para revisar algún área, como podría ser el de la sexualidad. Es decir, “¿Qué es lo que conlleva la frase *en todos los aspectos de la vida*? Puede ser vista como una creación de una obligación con efecto inmediato o una cláusula para ser alcanzada de manera progresiva. ¿Cómo medimos aquella influencia de la norma de no discriminación con el artículo 12.2?”³⁷⁵.

El inciso 3 del artículo 12 obliga a los Estados Partes a *adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica*. Quinn al respecto sostiene que “el artículo 12.3 construye alrededor de la realidad, un cambio que nos afecta a todos, asegurando que los apoyos son necesarios para permitirnos disfrutar de nuestra capacidad

³⁷² Quinn, G *La personalidad y la capacidad jurídica. Perspectiva sobre el cambio de paradigma del Art. 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, ob. cit. p 13-14

³⁷³ Ídem.

³⁷⁴ Ídem.

³⁷⁵ Ídem.

jurídica: *“Esto se trata de algo más profundo que la toma de decisiones y sí que se aplica, incluso, para aquéllos que de todo lo que aparentan superficialmente, no pueden expresar su preferencia o no pueden dar a conocer su voluntad. En esta instancia, el propósito de estos apoyos es trabajar para recuperar la voluntad, no importa cuán escondida esté, o para crear condiciones a fin de tener un espacio social en donde aquélla voluntad o parte de ella, pueda salir a la luz. Ahora bien, si me dicen “bien, pero la toma de decisiones tendrá que seguir siendo “por”, estoy de acuerdo, pero la diferencia está en que, mientras estoy de acuerdo, estaré viendo un rol para aquellas obligaciones (del artículo 12.3) que tienen que ser cumplidas. Esto es lo que quiero decir con no mantener el cambio del paradigma sólo para el 95”*³⁷⁶.

Por su parte, el inciso 4 del artículo 12 se refiere a la necesidad de protección contra el abuso por parte de aquellas personas a las que se confía dicho apoyo, exigiendo el establecimiento de salvaguardas adecuadas y efectivas. Aquí también surge un problema de interpretación, “las salvaguardas del 12.4 parecen tener una doble vida. Por un lado, parece ser que implica o legitima aquélla toma de decisión sustituta. Parece ser que contiene pequeños rastros del antiguo paradigma. Se persuade a la opinión pública de manera tal que pareciera ser que se regulariza y se racionaliza la toma de decisión sustituta. El miedo es que si se propaga de esta manera, el artículo 12.4 puede absorber al nuevo paradigma y no sería posible verlo. O podríamos decir que, las salvaguardas son designadas intencionalmente para los apoyos que ya están puestos en marcha”³⁷⁷. El autor irlandés dice coincidir en que las salvaguardas son relevantes en lo que se refiere a la toma de decisiones, para apoyarla, pareciera existir un mínimo de riesgo para la persona como lo hace la tradicional toma de decisiones sustituta y que seguramente llevará su tiempo encajar en la correcta mezcla que regula las salvaguardas apropiadas. Las salvaguardas son relevantes en aquéllos casos donde las decisiones tendrán que ser las de excepción (decisiones “por”) sin tener en cuenta todo lo otro. Sin embargo, “los apoyos del que habla el artículo 12.3 se aplican en esta instancia. Por lo que no se trata sólo de una pregunta de salvaguardas versus una mala toma de decisión, sino que también se trata de añadir a lo ya existente

³⁷⁶ Quinn, G., *La personalidad y la capacidad jurídica. Perspectiva sobre el cambio de paradigma del Art. 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. ob. cit. p.13 y 14

³⁷⁷ Ídem

apoyos para poder percibir o descubrir la voluntad de la persona, o al menos estimularla, incluso en casos extremos”³⁷⁸.

El inciso 5 del artículo 12 señala expresamente que *debe reconocerse a las personas con discapacidad capacidad para heredar, controlar sus propios asuntos económicos y ser propietarias de bienes*.

Aquí Quinn expresará que el artículo 12.5 (la capacidad con respecto a asuntos financieros) se encuentra implícita en el artículo 12.1, y que también dicho artículo se valora por sí mismo ya que es la falta de capacidad jurídica en lo financiero lo que verdaderamente obstaculiza en la vida independiente³⁷⁹.

Así, puede concluirse —tanto desde una interpretación literal como desde una sustentada en los propósitos de la Convención—, que la capacidad jurídica en la CDPD, al igual que en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, incluye tanto la capacidad de ser titular de derechos, como la capacidad de ejercicio de esos derechos.

2. CAPACIDAD JURÍDICA UNIVERSAL

Cuando nos planteamos si la CDPD garantiza la capacidad jurídica a todas las personas con discapacidad, debemos tener en cuenta en primera instancia, el término de discapacidad y su extensión. En el artículo 2 de la CDPD, “*Definiciones*” no se ha incorporado una definición de discapacidad. Sin embargo, una definición inclusiva se encuentra en el artículo 1º. Esta incluye a las personas que tengan *deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo*. Evidentemente, la CDPD ha utilizado la estrategia de enunciar explícitamente a ciertos grupos en la definición, con el objeto de enfatizar la mayor vulnerabilidad a sufrir discriminación a la que están expuestos, así como también la mayor necesidad de diseñar estrategias para fortalecer la capacidad de ejercicio y reclamo de derechos de estos grupos. Si se examinan las legislaciones nacionales y las prácticas de los estados, se constata que son precisamente a estos grupos a los que se les niega la capacidad jurídica. Las deliberaciones en torno a la Convención muestran que se sintió la necesidad de una Convención específica para las personas con discapacidad porque

³⁷⁸ Ídem

³⁷⁹ Quinn, G., *La personalidad y la capacidad jurídica. Perspectiva sobre el cambio de paradigma del Art. 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, ob. cit. p 13 y 14.

los tratados de Derechos Humanos ya existentes no eran incluyentes de la discapacidad y no proveían la justificación requerida para cuestionar las legislaciones nacionales excluyentes. A la luz de este compromiso global con la meta de inclusión en la Convención, resulta lógico concluir que el artículo 12 ha sido redactado en consonancia con este objetivo más amplio de la CDPD³⁸⁰.

Tras un examen de los trabajos preparatorios del tratado, puede constatar que la adopción de un paradigma de capacidad jurídica universal, para todas las personas con discapacidad, fue objetada porque se temía que no daría cuenta adecuadamente de los problemas de aquellas personas con mayor necesidad de apoyo. Fue justamente en atención a ese temor que el inciso 3 del artículo 12 obliga a los Estados Partes a proveer apoyos, y que el 4 requiere una serie de salvaguardas frente a los abusos que se pudieran derivar de dichos apoyos. Sin la previsión de estos apoyos y salvaguardas, el grupo de personas con mayor necesidad de apoyo podría haber quedado excluido del reconocimiento pleno de su personalidad y capacidad jurídica. Sin embargo, la lectura conjunta de la *definición de discapacidad* y la *obligación de proporcionar apoyos* conduce a la conclusión de que la redacción del artículo 12 incluye a todas las personas con discapacidad³⁸¹. Analizaremos a continuación esta lectura conjunta con mayor detenimiento.

2.1. Concepción de discapacidad que subyace en la convención

Como ya hemos dicho, el artículo 1 de la convención ha definido el concepto de *discapacidad*. No obstante, para una interpretación sistemática del texto bajo análisis, no sólo debe leerse el artículo 1, sino también su preámbulo. La convención reconoce, por un lado, en el preámbulo, que “*la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.*” Asimismo entiende, según el artículo 1, que “*las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales,*

³⁸⁰ Opinión legal sobre el Art. 12 artículo publicado por la Red de Expertos iberoamericanos sobre los derechos de las personas con discapacidad, en: www.redcdpd.org/es/projects/view/3. Consultada, 26/01/2011.

³⁸¹ Palacios A, “*el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonable. Una mirada desde la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.*” En Caicedo Tapia D, y Porras Velasco, A (editores), *Igualdad y no discriminación: reto de la diversidad*. Ministerio de Justicia de Derechos Humanos y Cultos, Quito, Ecuador, 2010, p. 391.

intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”

De lo mencionado se desprende, por un lado, la asunción del *modelo social* de discapacidad, al asumir que la discapacidad resulta de la *interacción* con barreras debidas a la actitud y al entorno. Podemos decir que se enfatizan dos cuestiones esenciales. La primera, que la discapacidad es un concepto que evoluciona, un concepto de naturaleza cultural, y que por lo tanto variará según las culturas y sociedades. Y en segunda instancia, que la discapacidad es el resultado entre limitaciones *individuales* de las personas- deficiencias- y barreras *actitudinales* y del entorno³⁸².

Pero así mismo, se resaltan que estas barreras limitan y hasta impiden la participación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de las personas.

Por otro lado, la definición que la convención asume de discapacidad no es cerrada, sino que *incluye* a las personas mencionadas, lo que no significa que excluya a otras situaciones o personas que puedan estar protegidas por las legislaciones internas de los estados, si no que fija un límite. Es decir, que “a los fines de la protección de este instrumento, las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan limitaciones físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva de la sociedad, en igualdad de condiciones de los demás”³⁸³. Ello no significa que, en el caso de un estado, dentro de su legislación interna, adopte una definición más amplia de discapacidad, que cubre otras situaciones, que impida la aplicación de la convención, sino todo lo contrario. Se entiende que este artículo debe interpretarse como un piso, a partir del cual cualquier otra interpretación que beneficie o amplíe su marco protector debe de ser aplicada³⁸⁴.

Por otra parte decíamos que, la definición no es cerrada sino abierta. En ella se incluye a las personas mencionadas pero ello no significa que excluya otras situaciones o personas que puedan estar protegidas por las legislaciones internas de los estados.

³⁸² Palacios A, *El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonable. Una mirada desde la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, ob. cit. p.394.

³⁸³ Ídem.

³⁸⁴ Ídem.

Estamos, pues, en el marco de lo que Bobbio denomina el “proceso de especificación de los derechos humanos”³⁸⁵.

Ahora bien, ese proceso de especificación no es genérico para todo el grupo de personas con discapacidad. Es importante señalar la necesidad de reconocer la diversidad dentro de las personas con discapacidad y la consiguiente necesidad de realizar un tratamiento jurídico distinto, específico y no homogéneo, de las políticas y medidas para lograr la no discriminación y el efectivo ejercicio de todos los derechos tal y como se recogen en la convención, pues por ejemplo, el concepto incluye a las personas con discapacidad de origen sensorial o físico junto a las personas con discapacidad originadas por deficiencias psíquicas y enfermedades que constituyen el grupo más discriminado y el más vulnerable de los grupos vulnerables.

No obstante, el concepto de discapacidad que asume la convención es aun más amplio. El artículo 2 define la “*discriminación por motivo de discapacidad*” señalando que, se entenderá por discriminación “*cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad, que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas la denegación de ajustes razonables.*” Este concepto de no discriminación, recogido en la Convención, tiene las siguientes características:

En primer lugar, se centra en el resultado discriminatorio y no en la voluntad de la persona. Es decir, que no se exige intencionalidad, sino que se tienen en cuenta los efectos adversos de la norma, práctica o conducta.

En segundo lugar, otro rasgo muy importante es que comprende la discriminación no sólo a la persona con discapacidad, sino “*por motivo de discapacidad*. A propósito de ello, Quinn, comenta que, podría sostenerse que dicha formulación pone el acento sobre el

³⁸⁵ En opinión de Bobbio en este proceso se produce el “paso gradual, pero siempre muy acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de derecho, según una especificación que se ha producido bien respecto al género, bien respecto a distintas fases de la vida, bien teniendo en cuenta la diferencia entre estado normal y estado excepcional en la existencia humana (Bobbio, N; *El tiempo de los derechos*, Ed. Sistema, Madrid, 1991, p. 109.ss.). A esto responde el concepto de “persona o grupo vulnerable”, al conjunto de personas que se encuentran en una situación específica que hace que para el reconocimiento, disfrute o ejercicio pleno de sus derechos sea necesaria la adopción de medidas positivas.

fenómeno de la discriminación más que en las peculiaridades de la persona³⁸⁶. Así mismo, se podría sustentar que las personas pueden ser discriminadas “por motivo de” o “sobre la base de” discapacidad no teniendo ellas mismas una discapacidad, pero siendo tratadas de manera discriminatoria por considerarse que tienen una discapacidad. Como lo ha destacado el profesor de Galway, aquellas personas que pueden ser susceptibles de tener una discapacidad, también son susceptibles de ser tratadas de manera discriminatoria “por motivo de” o “sobre la base de” discapacidad, aunque no la tengan actualmente. En este caso nuevamente, si se mantiene la atención en el fenómeno de discriminación, entonces tiene sentido afirmar que esta categoría también entraría dentro del marco protector del derecho antidiscriminatorio esbozado por la Convención. Asimismo, puede haber otras personas que no tengan una discapacidad, pero que trabajen o se encuentren asociadas con personas que la tengan. Ello incluiría, por ejemplo, a una madre o padre de un niño o niña con discapacidad, que estuviera buscando reubicarse en el mercado de trabajo, o a un voluntario/a en una institución que trabaje con personas que conviven con el VIH/SIDA. Dichas personas son probablemente tratadas de manera discriminatoria “sobre la base” o “por motivo de “discapacidad”, aunque ellas no tengan una discapacidad³⁸⁷.

Finalmente, hay que acentuar asimismo que el concepto abarca todo tipo de discriminación (comprende tanto la discriminación directa como indirecta, así como la discriminación estructural, entre otras). La Convención no hace una distinción entre discriminación directa e indirecta, pero adopta una fórmula en la que claramente incluye ambos tipos de discriminaciones. Asimismo, también deja abierta la posibilidad a otro tipo de discriminaciones cuando al final del artículo 5 establece: “incluye todas las formas de discriminación” incluidas las “represalias”³⁸⁸.

Por otro lado, y en ello hace falta insistir, si desde la Convención se asume que la discapacidad es un fenómeno complejo que está integrado por factores sociales, que se traducen en barreras; la accesibilidad universal pasa a ser, desde la otra cara de la moneda, uno de los modos más idóneos para la prevención de la discapacidad. De esta manera, podría decirse que la prevención de la discapacidad está integrada tanto por las medidas que tiendan a prevenir, por ejemplo, accidentes de tráfico, como las medidas tendentes a

³⁸⁶ Quinn, Gerard, “The UN Human Rights of Person with Disabilities Treaty. A blueprint for Disability Law & Policy Research and Reform”. Conferencia pronunciada en Dublín, National Disability Authority, Annual Research Conference, el 16 noviembre 2006.

³⁸⁷ Palacios, A, *Igualdad y no discriminación: reto de la diversidad*, ob. cit. p. 405

³⁸⁸ Ídem

prevenir la construcción de edificios inaccesibles. Evidentemente, por la materia que regula y por el marco que esta Convención ampara, la prevención que nos interesa se corresponde con el segundo tipo de medidas³⁸⁹.

Pero además, debe quedar claro que la construcción de entornos inaccesibles es una forma de discriminación. Por tanto la ausencia de accesibilidad universal se traduce en una discriminación.

Ahora bien, el camino para garantizar la accesibilidad universal requiere de dos estrategias. La primera de ellas es la de diseño universal, que es definido en la Convención como “el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El diseño universal no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten”³⁹⁰.

De este modo, si la accesibilidad universal puede, entre otras facetas, ser entendida como una condición para el goce y ejercicio de los derechos, el principio de diseño universal puede ser comprendido como una estrategia para el logro de dicha condición. Es decir, puede entenderse que mediante la técnica del diseño universal se aspira a la realización de la accesibilidad universal. Es por ello que el principio de diseño para todos puede ser considerado como un medio, un instrumento, una actividad, dirigida al alcance de dicho fin. Ahora bien, en determinadas circunstancias, y habiéndose aplicado plenamente el principio de diseño universal, puede suceder que nos encontremos ante una situación particular (no previsible mediante el diseño universal) que requiera de medidas específicas. Es ahí cuando nos adentramos en el concepto de ajustes razonables³⁹¹.

Al momento de definir el concepto de “discriminación por motivos de discapacidad” la Convención establece que “[...] esto incluye todas las formas de discriminación, y, entre ellas, *la denegación de ajustes razonables*”³⁹². Los ajustes razonables son definidos como “*las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en*

³⁸⁹ Ídem, p. 406.

³⁹⁰ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 2. último párrafo.

³⁹¹ Palacios, A. *Igualdad y no discriminación: reto de la diversidad*, ob. cit. p. 408

³⁹² Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 2º, 4º párrafo.

igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”³⁹³.

De la definición puede inferirse que los ajustes razonables son medidas específicas que tienen como objeto o meta la accesibilidad en casos particulares, pero que se adoptan cuando ésta no es posible desde la previsión del diseño para todos, teniendo en consideración las necesidades específicas de una persona. Esto significa, en gran medida, que el ajuste razonable surge a partir de la expresión de la necesidad concreta de una persona con discapacidad, excluida o limitada por la inaccesibilidad del entorno, o por la imposición de pautas mayoritarias que dificultan su acceso a un bien o servicio³⁹⁴.

En este sentido, la accesibilidad sería la situación a la que se aspira, el diseño universal, una estrategia a nivel general para alcanzarla, y los ajustes razonables una estrategia a nivel particular, cuando no ha sido posible prever desde el diseño universal.

De ese modo, hay que resaltar que la función de los ajustes razonables no es reemplazar los incumplimientos de las condiciones de accesibilidad. Así, “una cuestión es la obligación de realizar un ajuste razonable, que se considera necesario ante una circunstancia particular (por ejemplo, modificar la iluminación en el sitio de trabajo de una persona con discapacidad visual que entra a trabajar en dicho puesto y que requiere, por su problema en la visión, un tipo de luz especial); y otra diferente son las obligaciones que exige la accesibilidad (por ejemplo, la existencia de una rampa en un edificio), ante cuyo incumplimiento se producirá la sanción correspondiente a la infracción cometida, pudiéndose, así, establecer la obligación de realizar las acciones necesarias para que se produzca la efectiva accesibilidad” (en el ejemplo, se establecería la obligación de construir la rampa en el edificio)³⁹⁵.

A modo de ejemplo, el contenido de este derecho o de esta obligación en el ámbito laboral podría ser alguno de los siguientes: asignar alguna de las obligaciones de la persona con discapacidad a otra persona; transferirle para ocupar un puesto vacante; modificarle su horario de trabajo; asignarle un sitio de trabajo diferente; permitirle ausentarse durante sus horas de rehabilitación, exámenes o tratamiento; proporcionarle, u ordenar que se le proporcione, capacitación; adquirir o modificar el equipamiento; modificar instrucciones o

³⁹³ Ídem

³⁹⁴ De Asís, R, Ana L, Aiello, F Barriñi, *Sobre la accesibilidad universal en el derecho*. Ed. Dikynson Madrid, 2007.

³⁹⁵ Palacios, A, *Igualdad y no discriminación: reto de la diversidad*, ob. cit. p. 408

manuales de consulta; modificar los procedimientos de evaluación o valoración; proporcionarle un lector o intérprete; proporcionarle supervisión; asignarle un ayudante en el trabajo; etc.

Como se ha mencionado anteriormente, desde el punto de vista netamente jurídico, puede afirmarse que los ajustes razonables son, asimismo, medidas contra la discriminación, debe aclararse que el incumplimiento de una obligación de realizar ajustes razonables tiene el mismo resultado que el incumplimiento de accesibilidad³⁹⁶. Así lo establece expresamente el art. 2, párr. 3 de la Convención, en ambos casos nos encontramos ante un caso de discriminación por falta de accesibilidad justificada³⁹⁷.

En cuanto a la posible concreción del contenido de los ajustes razonables (y, en este sentido, en su conexión con la accesibilidad universal), se podría entender que cabrían dos formas de dotarles de ese contenido. La primera, sería entender que los contenidos de los ajustes razonables han de quedar normativamente indeterminados, y, en este sentido, al exigirse su cumplimiento, habrá que tener presente los principios de proporcionalidad y razonabilidad al entrar en consideración otros criterios. Pero también podría ser que la normativa especificase —tal como lo establece la legislación inglesa, de manera no taxativa—, la posibilidad de contenidos concretos del ajuste razonable en los diferentes ámbitos, que se entiende que son necesarios en determinadas situaciones para garantizar la accesibilidad universal. Ambas variantes parecen ser perfectamente compatibles, aunque la primera es inevitable en algún grado (pues resulta imposible determinar *a priori* todos los posibles ajustes razonables que son necesarios realizar para garantizar la accesibilidad universal en un ámbito concreto)³⁹⁸.

2.2. Modelo de asistencia y apoyo

Con respecto a la segunda cuestión, esto es, el modelo a ser asumido por la Convención en esta materia, diremos que, desde el movimiento asociativo se sostuvo desde los inicios que, conforme al espíritu del instrumento a elaborarse, y en consonancia con el

³⁹⁶ De Asís, R, Aiello, A. F, Bariffi., *La accesibilidad universal en el Derecho*, ob.cit. p.53.

³⁹⁷ Palacios, A, *El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables*, en Campoy Cervera, Ignacio (coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, España, p. 187-203.

³⁹⁸ De Asís, R, Aiello, A, F, Bariffi., *La accesibilidad universal en el Derecho*, ob. cit. 54.

modelo social de discapacidad, debía adoptarse el *modelo de asistencia* en la toma de decisiones, y dejar de lado *el modelo de sustitución* (que debía ser superado).

No todas las Delegaciones tenían muy claro el significado de cada uno de estos modelos, por lo cual las organizaciones no gubernamentales ejercieron un rol destacable a la hora de transmitir el significado de estos paradigmas, contruidos, desde una determinada concepción de la discapacidad (que incluye factores sociales) y desde el discurso de los derechos humanos y el respeto a la autonomía de la persona³⁹⁹.

El *International Disability Caucus* intervino en varias ocasiones a favor del modelo de asistencia en la toma de decisiones. Se explicó que la tutela es un antiguo mecanismo que fue construido sin consultar a las personas con discapacidad, y desde donde se asume que algunas personas no tienen la capacidad para tomar decisiones jurídicamente vinculantes. Se invitó al Comité especial a adoptar un cambio de paradigma en el que todas las personas tengan igual capacidad jurídica, sin distinción basada en la discapacidad⁴⁰⁰.

Se destacó que el modelo de asistencia implica que una persona puede aceptar ayuda en la toma de decisiones, pero sin renunciar al derecho a tomar las propias decisiones. En dicho sistema la *libertad de elección* nunca es vulnerada. La asistencia en la toma de decisiones no cuestiona la sabiduría de las elecciones de la persona, sino que permite a todos y todas afrontar la dignidad del riesgo. Ayuda a la persona a entender la información y a tomar decisiones, basadas en sus propias preferencias. Se ilustró que, por ejemplo, una persona con una discapacidad de aprendizaje puede necesitar ayuda con la lectura, o puede necesitar asistencia para concentrar su atención en pro de tomar una decisión. Una persona que no se comunica verbalmente puede necesitar un familiar de confianza que interprete su comunicación no verbal, como sus reacciones físicas, o la utilización de comunicación alternativa⁴⁰¹.

Por otro lado, se sostuvo que el sistema de sustitución en la toma de decisiones (que generalmente se plasma a través de la tutela) protege, en teoría, a las personas con

³⁹⁹ Documento elaborado por el *International Disability Caucus* en la Octava Sesión sobre “Legal Capacity”, cit.; Documento elaborado por el *International Disability Caucus* en la Octava Sesión titulado “Explanatory note on legal capacity and forced interventions”. En Palacios, A, *Modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad*, op cit.

⁴⁰⁰ *Contributions submitted by Governments in electronic format* at the Fourth Session, Proposed Modifications to Draft, cit., Intervención del *International Disability Caucus* sobre “Supported Decision-Making vs. Guardianship”, p. 430. En Palacios A, *Modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad*, ob. cit.

⁴⁰¹ Ídem.

discapacidad de los abusos, pero que en la práctica precisamente abre la puerta a los abusos. La situación en la toma de decisiones ante falta manifiesta o presunta de autonomía de la voluntad suelen tener en el derecho una justificación proteccionista⁴⁰². Más aún, en los casos de presunción de falta de autonomía de la voluntad, el derecho asume un papel que se suele denominar como paternalismo jurídico (visto en modelo paternalista).

Entre otras consecuencias, se resaltó que la tutela facilita la institucionalización, dado que el representante puede otorgar el consentimiento incluso cuando la persona se opone a ser institucionalizada. Pero asimismo, se remarcó que mediante el *procedimiento de incapacitación*, en gran parte de los países, la persona pierde el derecho de decidir dónde vivir, pierde el derecho al voto, el derecho a elegir con quién casarse, el derecho a abrir un negocio, y a decidir sobre múltiples cuestiones que el resto de personas deciden a diario⁴⁰³.

Sin embargo, el punto en el que el artículo 12 cuestionaría las evaluaciones y las determinaciones de incapacidad es cuando, por definición —como sucede con frecuencia— se equipara a la incapacidad con la discapacidad. En algunas jurisdicciones, los Estados han impuesto instrumentos muy contundentes para negar la capacidad jurídica —con base a una condición de discapacidad— como un diagnóstico general de ‘trastorno mental’ o ‘discapacidad intelectual’. Es sabido que “las formas plenarias de tutela u otros regímenes que todavía existen en diversos países (como el sistema de tutela de los tribunales en la república irlandesa) anulan toda la capacidad jurídica en base a un diagnóstico u otro tipo de evaluación que se equipara con la incapacidad mental. En gran parte de la legislación existente, y hasta en propuestas recientes, todavía existe una ecuación entre la discapacidad y la incapacidad, algo que la CDPD cuestionaría —por ejemplo, el hecho de definir ‘incapacidad mental’ como un ‘trastorno mental’, o suponer que la incapacidad es ‘ocasionada’ por una ‘enfermedad mental’, para utilizar el lenguaje estereotipador de algunas legislaciones, o que puede deducirse de causas tales como la demencia”⁴⁰⁴.

El enfoque tradicional del pasado respecto a la capacidad fue el llamado “enfoque de resultado final”. Es decir, mientras que no podemos elaborar un supuesto acerca de la

⁴⁰² Ídem.

⁴⁰³ Ídem.

⁴⁰⁴ Bach, M. *El derecho a la capacidad jurídica bajo la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Conceptos fundamentales y guía para reformar las leyes*. Estudios de la universidad de manitoba. Octubre de 2009. p 6. Artículo colgado en la pagina web. De la red de expertos de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. www.redcdpd.org/es.consultada, 28/01/2011.

falta de capacidad basado en la condición de la persona, por ejemplo, de la condición de que la persona tenga una discapacidad intelectual, sí podemos concluir la falta de capacidad a raíz de las malas decisiones tomadas o del patrón de malas decisiones que haya tomado la persona. Sin embargo debemos de subrayar que todos nosotros, todo el tiempo tomamos malas decisiones en ciertos aspectos de nuestra vida, lo cual ayuda a definir quienes somos. En un proceso de una mala toma de decisión estaríamos tentado a preguntar, por ejemplo, ¿La mayoría del electorado no debió de ser juzgado como incapaz de votar, porque cometían una “mala” decisión en continuar votando a un determinado partido político (cualquiera sea) para que asuma en el poder?⁴⁰⁵.

Cada vez con mayor frecuencia, estos enfoques para reglamentar la capacidad jurídica se han puesto en entredicho y cuestionado con éxito ante los tribunales. Así, “ciertos esfuerzos más recientes para efectuar reformas estatutarias (en la república irlandesa y en otras partes) han centrado su atención en la prueba funcional de la capacidad para tomar decisiones. Este enfoque para determinar la capacidad jurídica de actuar debe distinguirse de un enfoque sobre la ‘condición’ (con base en la discapacidad), o bien de un enfoque orientado a los ‘resultados’ y basado en decisiones anteriores o patrones relativos a la toma de decisiones”⁴⁰⁶. Cada vez más se reconoce la importancia de un enfoque ‘funcional’ para determinar la capacidad para tomar decisiones, tanto en el derecho estatutario como en la jurisprudencia, y éste cuestiona los enfoques sobre la condición y los resultados, que son los que predominan. El enfoque funcional ⁴⁰⁷ evalúa la capacidad con base en un “tema específico” y permite que se determine la capacidad para un asunto en particular. Este enfoque es ascendente porque se acerca más a los valores y a los derechos humanos, favoreciendo un enfoque “a la medida” para determinar la capacidad. Así, todavía existe la necesidad de evitar los supuestos paternalistas, los cuales podrían desvirtuar las evaluaciones objetivas sobre la capacidad funcional.

Mediante sus disposiciones de no discriminación y de ajustes razonables, la CDPD podría requerir que cualquier determinación o evaluación en torno a la incapacidad se desligue definitivamente de las discapacidades o de las ‘causas’ relativas a éstas; que sólo

⁴⁰⁵ Quinn, G, *La personalidad y la capacidad jurídica. Perspectiva sobre el cambio de paradigma del Art. 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, ob.cit. p 10.

⁴⁰⁶ Bach, M, *El derecho a la capacidad jurídica bajo la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Conceptos fundamentales y guía para reformar las leyes*. ob. cit. p 6.

⁴⁰⁷ Ídem.

una prueba funcional y específica para ciertas decisiones, sin referencia alguna a la condición o a los diagnósticos de discapacidad, se deba aplicar para evaluar o determinar la incapacidad o una condición de ‘necesidad de protección’; y que se fomente que los ajustes razonables y el apoyo debido para ejercer la capacidad jurídica se ofrezcan cuando se demuestre la capacidad⁴⁰⁸.

El propósito ahora debe ser velar por que los sistemas para la toma de decisiones en sustitución de alguien ya no se dirijan a las personas con discapacidades, sólo se invoquen en base a la incapacidad evaluada mediante la prueba funcional, una discapacidad inconexa, y sólo después de que las autoridades estatales hayan alcanzado un nivel muy alto de daños indebidos cuando apoyen y den cabida a una persona con una discapacidad para que demuestre y ejerza su capacidad jurídica⁴⁰⁹.

Así, se expresó que la asistencia en la toma de decisiones “apoya y defiende los deseos de la persona; defiende su punto de vista; fomenta e incentiva a la persona para la participación y la asunción de responsabilidades; respeta que sea la persona quien tenga la última palabra en sus decisiones; fortalece a la persona”⁴¹⁰. Por el contrario, se afirmó que la sustitución en la toma de decisiones: puede oponerse o tergiversar los deseos de la persona; fomenta la falta de responsabilidad; suprime las habilidades de la persona y mengua la capacidad de crecimiento; censura la voz de la persona y el acceso a la información afectando de manera significativa su vida⁴¹¹.

El Caucus⁴¹² apeló asimismo a que las Delegaciones tuvieran en cuenta el espíritu de la Convención y los principios que la regirían, dado que ya habían sido consensuados por los Estados, entre los que se destacaron: la autonomía individual, que incluye la libertad de tomar las propias decisiones, la no discriminación, la aceptación de la discapacidad como parte de la diversidad humana y la inclusión e igual participación en sociedad.

Pero asimismo, se apeló de manera explícita al modelo social de discapacidad. Desde dicha perspectiva se defendió que la capacidad jurídica era una construcción social, sosteniendo que, “lo primero que hay que valorar en relación con la capacidad jurídica es

⁴⁰⁸ Bach, M, *El derecho a la capacidad jurídica bajo la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Conceptos fundamentales y guía para reformar las leyes*. ob. cit. p 7.

⁴⁰⁹ Ídem

⁴¹⁰ Ídem.

⁴¹¹ Ídem.

⁴¹² El Caucus Internacional de la Discapacidad representa a más de 70 organizaciones internacionales, regionales y nacionales de personas con discapacidad y organizaciones no gubernamentales aliadas.

que es una construcción social y de este modo refleja elecciones que las sociedades han hecho en diferentes épocas. Históricamente, la capacidad ha sido un atributo o una presunción que el Derecho ha concedido o denegado a diferentes poblaciones. Una clara ilustración de este proceso es provista por el tratamiento legal de la capacidad de la mujer. El contenido negociable del concepto es nuevamente demostrado por la Convención de los Derechos del Niño reconociendo las capacidades evolutivas del niño e incorporando explícitamente el derecho a la participación. (Artículo 12) De este modo, cuando nos estamos preguntando por la incapacitación legal que se aplica contra nosotros (personas con discapacidades psicosociales), estamos, por decirlo de algún modo, pisando caminos que ya han sido recorridos por otros grupos excluidos. Estamos diciendo que la afirmación de incapacidad que la sociedad sitúa en relación a algunos de nosotros es falsa y que tenemos derecho a vivir, como los demás, en nuestros propios términos”⁴¹³.

En referencia a la analogía con la discriminación que en este ámbito ha sufrido la mujer, se agregó que, “en una situación de exclusión y descalificación similar, el artículo 15.2 de la CEFDM, estableció que la mujer tiene idéntica capacidad jurídica que el hombre. Una cláusula que ha provisto la base para el cambio legal y social cuando las mujeres eran excluidas solo por el hecho de ser mujeres. La inclusión de un artículo similar en esta Convención proveería una oportunidad similar a las personas con discapacidad”⁴¹⁴. Asimismo, se destacó que la idea de capacidad jurídica está desarrollada a partir de la valoración de ciertas “habilidades cognoscitivas”, dejando afuera otro tipo de habilidades, que parecen ser menos valoradas. Se explicó que, la construcción de la capacidad jurídica está edificada básicamente sobre estándares normativos respecto de habilidades cognoscitivas. Esa prioridad que se otorga sobre las habilidades cognoscitivas es cuestionable dado que no todos nosotros utilizamos las habilidades cognoscitivas para tomar nuestras decisiones. ¿Aquellos que nos basamos en emociones o en intuiciones para tomar nuestras decisiones deberíamos ser considerados incapaces?”⁴¹⁵.

La capacidad intelectual, ¿es tan diferente? Quizá la primer respuesta es estar de acuerdo en que es diferente, precisamente porque la discapacidad es intelectual, lo cual

⁴¹³ Idem, Intervención del *International Disability Caucus* sobre “Capacity in law constructed by society”

⁴¹⁴ Idem, Amita Dhanda en nombre del IDC, sobre *Legal Capacity*.

⁴¹⁵ Idem.

significa una capacidad reducida en el proceso de información y en el entendimiento de las elecciones para que de esa manera se las pueda tomar⁴¹⁶.

Sólo porque a ciertas personas se les puede adjudicar una capacidad plena, no significa que utilicemos esa capacidad para evaluar y analizar a la racionalidad y tomar displicentemente elecciones analíticas. Esta racionalidad de la “excelencia”, prácticamente no se da en el día a día, “la vida no es así para la mayoría de las personas, ¿por qué habría de serlo para la minoría? Es decir, existe una profunda contradicción entre una tolerancia extrema con las malas decisiones y la toma de decisiones en la personas que no padecen de una discapacidad por un lado, y por otro lado, aquello que se toleraba ya no se tolera más, sino que se aumenta en demasía el nivel de intolerancia para las personas con discapacidad, se eleva tan alto aquél nivel de intolerancia que la mayoría de las personas que no padecen de una discapacidad tendrían una dificultad en alcanzar sus objetivos”⁴¹⁷.

Uno de los argumentos a favor del modelo de sustitución en la toma de decisiones se basa en que un número de personas no tienen la sabiduría o el conocimiento para ejercitar la capacidad jurídica, sin embargo la capacidad jurídica se debería relacionar con la *libertad* para tomar las decisiones y no con la *sabiduría o prudencia* de dichas decisiones. Existe una libertad que es inherente a todas las personas para caer en los mismos o nuevos errores y aprender o no aprender de ellos⁴¹⁸. Esa libertad implica la posibilidad de aprender de los errores, “la humanidad ha progresado permitiendo a las personas la libertad de cometer errores. Cuando a una persona no se le permite ejercer su libertad para cometer sus propios errores no se le está permitiendo desarrollarse de conformidad con sus propios atributos y es esta discriminación y privación de las necesidades la que debe ser abordada en relación con las personas con discapacidades psicosociales. La dignidad del riesgo y el derecho a no ser protegido son derechos inherentes de todas las personas adultas. Una Convención que está siendo elaborada para devolver la personalidad plena a las personas con discapacidad debe necesariamente cuestionar los estereotipos porque si cae en la trampa de los estereotipos no solo reforzaría lo erróneo sino que lo legitimaría”⁴¹⁹.

⁴¹⁶ Quinn, G. *La personas con discapacidad, personalidad y la capacidad jurídica. Perspectiva sobre el cambio de paradigma del Art. 12 de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad* ob. cit. p. 10

⁴¹⁷ Ídem.

⁴¹⁸ Ídem.

⁴¹⁹ Intervención del *International Disability Caucus* sobre, Legal Capacity not to do with Wisdom of Choices

En consonancia con este argumento, Quinn expresa que, “incluso, aquella noción acerca de la dignidad en asumir riesgos no puede escapar a la gravedad natural de la teoría de la justificación. Esto deriva de una dimensión del espacio de la persona como una *organización de aprendizaje*, constantemente adaptando el comportamiento a fin de evitar que nuevamente existan contratiempos y aspectos negativos. Aquella imagen respecto a la “organización de aprendizaje” necesita ir a un nivel más profundo para que una vez que llegue al punto necesario, pueda reflejar allí, la realidad de nuestro comportamiento irracional. Aquella dignidad del riesgo, no solo significa permitir libertad a fin de que las personas “aprendan” y de alguna manera cambien su comportamiento, sino que aquél concepto es valioso en sí mismo ya que permite tomar un riesgo para ser digno”⁴²⁰.

Lo interesante de esto es que aquellos supuestos justificatorios pueden ser demostrados a través de una pugna entre los hechos y la realidad. En general, “la mayoría de nosotros, la mayoría del tiempo, pensamos y actuamos irracionalmente. A menudo, enmascaramos nuestro razonamiento en el *traje de la racionalidad*, pero la fuente de pensamiento y acción se encuentra aún más profunda de lo que parece ser”⁴²¹. Como ha dicho Jane Austen⁴²² *cuán rápido vienen las razones para aprobar lo que nos da placer*. Y constantemente, cometemos los mismos errores y nunca aprendemos. En un cierto punto esto es por lo que otros seres se vuelven hostiles de nosotros, pero paralelamente es lo que nos hace parte de quienes somos y por quiénes somos valorados⁴²³.

Se contrarrestó asimismo otro de los argumentos esgrimido por algunas delegaciones partidarias de la inclusión del modelo de sustitución, aunque solo de manera excepcional. Como se ha comentado, algunos Estados consideraban que como regla, las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica, pero que existe un pequeño porcentaje

⁴²⁰ Quinn G. *La personas con discapacidad. personalidad y la capacidad jurídica. Perspectiva sobre el cambio de paradigma del Art. 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. ob.cit. p 6 y 7

⁴²¹ Ídem.

⁴²² Jane Austen nació el 16 de diciembre de 1775 en Steventon (Gran Bretaña), Austen es una de las grandes novelistas de la historia, de prosa elegante, fluida y con cierto tono sarcástico, aborda con detalle, humor, capacidad de observación y penetración psicológica, diferentes retratos costumbristas en torno a conflictos románticos diseñados con perspectiva femenina, inteligencia e ironía. Su primera novela publicada fue “Sentido y sensibilidad (Sense and Sensibility)” (1811). Más tarde editó su obra más popular y la primera en ser escrita (aunque no publicada) por Jane, “Orgullo y prejuicio (Pride and Prejudice)” (1813). Otros título de su bibliografía son “El parque Mansfield (Mansfield Park)” (1814) o “Emma” (1815). <http://www.alohacriticon.com/viajeliterario/article1551.html>.

⁴²³ Quinn G. *La personas con discapacidad. personalidad y la capacidad jurídica. Perspectiva sobre el cambio de paradigma del Art. 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. ob.cit, p. 6 y 7.

de personas con discapacidades *severas* para quienes el modelo de asistencia no es suficiente, y para quienes se requeriría una tutela. Dichas Delegaciones sostienen que dicho modelo de sustitución no sería la regla, sino que se aplicaría a un pequeño porcentaje de casos⁴²⁴. Frente a ello, se adujo que, la primera consecuencia de aceptar dicho argumento sería que la regla del modelo de sustitución sería incorporada a la Convención. Ahora la regla, sería incorporarlo solo para un muy reducido número de personas con discapacidades psicosociales. Deviene entonces la pregunta respecto del *procedimiento* mediante el cual dicho pequeño porcentaje de personas será identificado. Evidentemente eso se hará caso por caso.

Por lo mencionado, dicho procedimiento de identificación abrirá dudas respecto de la capacidad de todas las personas con discapacidad. Ello daría origen a una situación en la que las cuestionables ventajas de un pequeño número de personas darían lugar a una situación de desventaja para todas las personas con discapacidades psicosociales. Lo controvertido respecto de las supuestas ventajas deriva de que al realizarse estudios sobre el funcionamiento de la tutela, se ha sabido que los abusos no son prevenidos sino facilitados en dicha situación. Este sistema genera que el representante tome todas las decisiones en nombre y sin la consulta de la persona. Dicha exclusión origina la *muerte civil* de las personas sujetas a tutela⁴²⁵.

El profesor Quinn justifica la presencia de este modelo y le otorga una relevancia casi imprescindible, para él “el artículo 12 acepta y se construye sobre la realidad, la discapacidad crea una clara y dura realidad con la cual aquélla premisa (racionalidad) de la teoría de la justificación, no es verdadera para la gran mayoría, ni mencionar que no puede ser verdadera en absoluto para las personas con una discapacidad intelectual. La verdadera revolución descansa sobre la idea de acompañar a las personas, de brindarles el apoyo que puedan requerir en el ejercicio de su capacidad jurídica (12.3)”⁴²⁶.

Finalmente, desde el *Caucus* se defendió que el único modelo posible para ser incorporado a la Convención era el modelo de asistencia en la toma de decisiones. Para

⁴²⁴ Esta era la posición defendida por las Delegaciones de Nueva Zelanda, Canadá, Noruega, entre otras.

⁴²⁵ Intervención del *International Disability Caucus* sobre “Substituted Decision Making will apply to all persons with psychosocial disability”.

⁴²⁶ Quinn, G, *La personas con discapacidad. personalidad y la capacidad jurídica. Perspectiva sobre el cambio de paradigma del Art. 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, ob. cit. p. 12.

ello, quizás era necesario cuestionar el privilegio hacia lo cognoscitivo que existe en el Derecho actual. Pero aclarando a la vez que ello no implica desconocer que las personas con discapacidad, entre otras, pueden necesitar asistencia en dichas tareas que requieran capacidades cognoscitivas altas. En este sentido, se dijo que “la asistencia que no tiene en cuenta el deseo del destinatario es un daño y no una asistencia. Aquí no se está cuestionando el impulso humanitario de ayudar a otro cuando lo necesita, sino que se cuestiona el procedimiento mediante el cual las personas con discapacidades psicosociales son desplazadas del gobierno de sus propias vidas. Mientras que el reconocimiento de la interdependencia humana fortalece los derechos humanos de todas las personas, la imposición de la dependencia implica la negación de la aspiración humana, respeto y elección. Es por dicho reconocimiento de la interdependencia humana que el modelo de asistencia en la toma de decisiones requiere desplazar el sistema de la tutela en la construcción legal de la capacidad”⁴²⁷.

Todos sabemos que en el pasado, el abrazo protector del Estado fue demasiado exagerado, siendo las intervenciones “hechas para manejar a las personas sin proteger sus derechos, ya que eran consideradas problemas. Sin embargo, esto no quiere decir que el abrazo protector del Estado es ilegítimo, sino que quiere decir que se debe de hacer un equilibrio de manera drástica, a fin de garantizar que aquél abrazo protector se encuentre en la esfera apropiada”⁴²⁸.

Cabría preguntarse si las personas con discapacidad se consideran especiales porque son las únicas que necesitan asistencia para llevar adelante actividades de la vida o si son discriminadas porque son las únicas buscando dicha asistencia abierta y explícitamente. En palabras de Amita Dhanda: “es importante considerar que para las personas con discapacidad la toma de decisiones con asistencia se relaciona con la búsqueda de vivir en nuestros propios términos. Es por ello que no queremos que esta asistencia sea vista en la convención como una actividad negativa. Al contrario, queremos que la convención reconozca que las personas con discapacidad tenemos derecho a dicha asistencia. Y ello no

⁴²⁷ Ídem

⁴²⁸ Quinn, G, *La personas con discapacidad. personalidad y la capacidad jurídica. Perspectiva sobre el cambio de paradigma del Art. 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.* ob. cit. p. 13.

significa la negación o restricción de nuestra capacidad. De hecho, la asistencia en la toma de decisiones nos proveerá de la oportunidad de desarrollar nuestras capacidades”⁴²⁹.

De este modo, el modelo de asistencia fue presentado por las organizaciones de personas con discapacidad como el sistema idóneo para garantizar el desarrollo de la autonomía y garantizar un trato igualitario de estas personas con el resto de la población. Los argumentos a su favor, resultan muy en consonancia con el modelo social de discapacidad. Así, al preguntarse sobre las razones que justifican el modelo de asistencia se alude al origen —social— de la construcción de la capacidad jurídica, que tiene en cuenta determinados parámetros de “inteligencia” o normalidad, dejando afuera a quienes no se adecuan a dichas pautas. Al preguntarse sobre las consecuencias de la aplicación del modelo de asistencia, se presenta como el mejor modo de respetar y garantizar el principio de autonomía y el derecho a la igualdad. Todos estos conceptos provienen del modelo social⁴³⁰.

El problema que quizás enfrente el modelo de asistencia en la toma de decisiones, es que precisamente el modelo social ha podido ser más fácilmente comprendido en relación con determinadas diversidades (sensoriales, físicas), pero ha costado y cuesta más en relación con otras, como las diversidades psicosociales o intelectuales, donde los reparos y los prejuicios subsisten en mayor medida. Estas personas viven, por ende, una situación de especial vulnerabilidad en lo que al ejercicio de sus derechos atañe. Por ello, desde las Delegaciones se expresaba mucha preocupación sobre las dificultades que podría acarrear el modelo de asistencia, sobre todo en Estados donde las legislaciones se basaban en otro enfoque (la gran mayoría).

Estos argumentos confunden las preocupaciones relativas a la implementación con la adopción de las normas. Se ha preguntado: ¿Deberían dichos inconvenientes para la implementación ser la base de la adopción de normas, especialmente cuando las normas adoptadas bajo la Convención serán la base de todos los futuros discursos sobre los derechos de las personas con discapacidad?⁴³¹.

Se ha expresado que parece aceptable un enfoque pragmático que tenga en cuenta la implementación de las normas, pero un enfoque similar hacia la adopción de las normas es

⁴²⁹ Dhanda, A., en nombre del IDC sobre “*Legal Capacity*”.

⁴³⁰ Ídem.

⁴³¹ Ídem

cuestionable⁴³², ya que mantiene las limitaciones de hoy restringiendo los desarrollos de mañana.

En esta situación, se afirmó que resulta ficticio decir que las personas con discapacidad no gozan de capacidad jurídica porque dicha capacidad les es negada en los sistemas nacionales. Al contrario, es precisamente porque dichas descalificaciones subsisten a nivel de los Derechos internos, es que la Convención necesita incorporar normas que renueven los derechos nacionales⁴³³.

2.2.1 Acerca de la aplicación de los mecanismos de apoyo y asistencia

Podemos decir que efectivamente el modelo de asistencia, con los debidos ajustes razonables, es necesario para dar mayor autonomía y libertad a las personas con discapacidad, ayudando a consolidar el desarrollo vital de aquellas. Aunque este razonamiento es claro, el nuevo modelo no logra resolver el serio inconveniente que se suele señalar como la mayor debilidad del modelo social, esto es, determinar hasta qué punto la discapacidad es netamente de carácter social, y por ende hasta qué punto la misma puede ser siempre compensada mediante un ajuste. El propio concepto de ajuste razonable, hace eco al incluir el concepto de razonabilidad, que a su vez viene desde el mismo concepto de discriminación, y que básicamente se acredita, cuando existe una distinción irrazonable e injustificada⁴³⁴. El planteo más radical del modelo social, sostendría que toda

⁴³² Ídem

⁴³³ En este sentido se ha expresado: “somos conscientes de que el sistema que estamos proponiendo no carece de obstáculos y necesitará el diseño de medidas reguladoras para prevenir los abusos. No obstante, creemos que dicho *procedimiento legislativo*, tanto en lo que atañe al acceso a la asistencia como a la prevención de los abusos, deberá ser diseñado individualmente por los Estados Parte, en consonancia con sus realidades. La Convención debería recoger el principio de que dichos procedimientos son necesarios pero los detalles de dicho procedimiento deberían ser establecidos por cada Estado Parte”. *Ibíd.*

⁴³⁴ [...una decisión es racional en la medida que puede reducirse de una serie de parámetros objetivos, mientras que la razonabilidad de una decisión tiene que ver con su concordancia con una serie de parámetros que se corresponden con una teoría o con un punto de vista ético o político (...) la interpretación de los derechos, y por tanto de la accesibilidad, es una actividad que posee indudables dimensiones éticas y políticas, por lo que la dimensión de razonabilidad adquiere una indudable presencia. Además, todo derecho vinculado a la cuestión de la no-discriminación está conectado con la razonabilidad. Por último, la exigencia de realizar ajustes *razonables* pone también sobre la mesa el análisis de esta dimensión (...) la idea de razonabilidad (...) implica la exigencia de una configuración del derecho a la accesibilidad o una decisión en el ámbito de los ajustes que sea posibilista, compatible con el resto de los derechos, que cuente con el apoyo de la comunidad. Desde el respeto de los valores que presiden el discurso de los derechos, tomando como referencia las exigencias de satisfacción de necesidades básicas de los sujetos y de la igualdad de oportunidades] De Asís R., Aiello, A., Bariffi, F., Campoy, I., Palacios, A., *la accesibilidad universal en el derecho*, Cuaderno Bartolomé de las Casas, nº 42, Ed Dykinson, Madrid, 2007, p.160-161.

discapacidad puede equipararse mediante los acuerdos de ajustes razonables, pero ¿es esto verdaderamente así? ¿Resuelve el modelo de asistencia en la toma de decisiones todas las barreras en el ejercicio de la capacidad jurídica que las personas con discapacidad pueden enfrentar, incluso en una sociedad adecuadamente accesible? ⁴³⁵.

Es preciso comprender que para que el modelo de asistencia con los debidos ajustes razonables, cumpla su cometido y resulte efectivo, debe adaptarse a las diferentes situaciones personales y sociales.

Para que ello sea posible, es necesario distinguir entre diferentes tipo de “apoyo”. Esta diferenciación “debe establecerse en primer lugar en relación con el tipo de acto jurídico, y en segundo lugar en relación con el tipo de figura de apoyo adecuado. En relación con lo primero, es preciso diferenciar entre actos trascendentales para la vida y/o el patrimonio de la persona (matrimonio, venta o compra de una casa, donación), y actos ordinarios de la vida común (reformular su casa, ir de viaje, suscribirse a un club deportivo). En relación con lo segundo señalado, es preciso poner a disposición de la persona diferentes tipos de figuras de apoyo que mejor se adapten a su situación particular⁴³⁶.

Michael Bach presenta una propuesta de clasificación, de conformidad a las necesidades de apoyo que la persona requiera: (i) el estatus de la toma autónoma de decisiones (ii) el estatus de la toma respaldada de decisiones. Y una tercera que se diferencia de las dos anteriores, (iii) La toma conjunta de decisiones y la toma de decisiones en sustitución de una persona.

En el mismo sentido, Quinn también nos da su parecer en cuanto a la “gradualidad” de los apoyos, y a su vez nos propone una “clasificación” de tres grupos de beneficiarios.

Para finalizar este apartado, agruparemos ambas “clasificaciones” a medida que las vayamos desarrollando, observando la relación existente entre estas, siguiendo el mismo criterio de “graduación” utilizado por ambos pensadores.

Para Bach, “la asistencia para la toma de decisiones puede ser de índole formal o informal. La mayoría de nosotros tomamos nuestras decisiones de forma interdependiente, con la ayuda de otros. Por lo general, la mayor parte de la asistencia que recibimos para

⁴³⁵ Bariffi, F, *Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU*, en Hacia un derecho de la discapacidad, Cayo, L (dirección) y Sastre, A (edición) ob. cit. p. 367-368.

⁴³⁶ Palacios, A., *informe al alto comisionado de capacidad jurídica*, Artículo publicado por la Red de expertos iberoamericanos sobre la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. En la página web. www.redcdpd.org. Consultada 29/01/2011.

tomar decisiones proviene de nuestros familiares y amigos. De vez en cuando, necesitamos la asistencia de un abogado para que nos asesore o nos ayude a encargarnos de nuestros asuntos. Esta situación no es diferente en el caso de las personas con discapacidades intelectuales”⁴³⁷. La mayor parte de la asistencia para la toma de decisiones debe ser informal y ofrecerse en un contexto en el que se valoran las relaciones personales de sus vidas, dentro de comunidades normales en las que se les conoce y se les valora como miembros que sí contribuyen. En estas situaciones, “tanto en el hogar como con el médico, el personal del banco o de su lugar de trabajo, la universidad a la que asisten, los proveedores de cualquier servicio pagado, su comunidad ecuménica, quienes van a la taberna y al centro de recreación, todos conocen al individuo en cuestión como persona. A través de los nexos establecidos por sus familiares y amigos, otros pueden comunicarse con el individuo y ayudarlo a tomar decisiones y respetar la autonomía de éstas. Cada vez más personas con discapacidades, aún las que son muy significativas, están viviendo en barrios y en comunidades comunes”⁴³⁸.

Sin embargo, para maximizar la autonomía individual, podría ser necesario distinguir entre las personas que podrían necesitar asistencia, pero que desean tomar sus propias decisiones sin designar formalmente a algún representante y aquellas que podrían necesitar a un representante/redes de apoyo para que asistan en la toma de decisiones⁴³⁹. Asimismo, debemos distinguir entre aquellas situaciones en las que las personas que pudieran requerir de redes/representantes para apoyar su toma de decisiones y ejercer su capacidad jurídica ya cuentan con esas redes y con relaciones afines en sus vidas, y las situaciones en las que no tienen este apoyo. Esto es necesario para que “las intervenciones estatales no restrinjan innecesariamente la autonomía al prestar apoyo y, al mismo tiempo, mantengan la integridad de la toma de decisiones que sí recibe apoyo, como una forma de asistencia y no simplemente como un enfoque que respalda más la toma de decisiones en sustitución de la persona en cuestión”⁴⁴⁰.

En relación a esto, el autor propone distinguir dos estatus en la toma de decisiones que garantizan a las personas su plena capacidad jurídica:

⁴³⁷ Bach, M *Derecho a la capacidad jurídica bajo la convención de la ONU. Sobre los derechos de las personas con discapacidad: conceptos fundamentales y guía para reformar leyes*, ob. cit. p 17 y 18.

⁴³⁸ Ídem.

⁴³⁹ Ídem.

⁴⁴⁰ Ídem.

1. *El estatus de la toma autónoma de decisiones*, donde se reconoce que la persona es alguien que puede tomar y comunicar sus propias decisiones y que estas pueden ser comprendidas por otros, posiblemente mediante cierta asistencia individualizada, como medios visuales, asesores informales, lenguaje sencillo, o tecnología de comunicación argumentativa. Este tipo de asistencia “carece de representantes/redes para el apoyo a la toma de decisiones que escoge la persona en cuestión o que se asignan legalmente para asistir y representar a una persona en sus relaciones jurídicas y los acuerdos suscritos”⁴⁴¹.

En esta “clasificación” podemos situar también al que Quinn denomina, *el primer grupo de beneficiarios* del artículo 12, “que serían aquéllos a los que se les niega la capacidad jurídica y aquéllos que no necesitan muchos soportes complicados para hacer realidad sus decisiones”⁴⁴². Estas personas “no necesitan soportes complicados”, con mínimos ajustes en la comunicación podrán expresar su voluntad, deseos y preferencia. Por ejemplo una persona con sordera y sin lengua oral, podrá a través de un intérprete del lenguajes de señas, manifestar su consentimiento para inscribirse en un club social o deportivo, ir de viajes, etc.

2. *El estatus de la toma respaldada de decisiones*, que respeta y protege a una persona en el ejercicio de su plena capacidad jurídica, tal como el estatus de la toma autónoma de decisiones. Sin embargo, se basa en la decisión de una persona de escoger a otros para que la representen al tomar y poner en práctica las decisiones⁴⁴³. Las redes para apoyar la toma de decisiones se basan en una relación fiduciaria de confianza con la persona. Este es un grupo de personas comprometidas a prestar asistencia para que el individuo en cuestión tome y aplique sus decisiones de forma congruente con sus intenciones y objetivos, y en el contexto de las relaciones personales a largo plazo y el conocimiento acerca de esta persona. Para la mayoría de la gente, es suficiente contar con redes informales de apoyo. No obstante, en algunas situaciones, las personas podrían necesitar redes de apoyo para la toma de decisiones que estén reconocidas jurídicamente⁴⁴⁴, puesto que aún con ciertos ajustes, habrán otros que no podrán comprender la forma singular de comunicación de estas

⁴⁴¹ Ídem

⁴⁴² Quinn G, *La personas con discapacidad. personalidad y la capacidad jurídica. Perspectiva sobre el cambio de paradigma del Art. 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. ob. cit. p 11.

⁴⁴³ Beach, M, *Derecho a la capacidad jurídica bajo la convención de la ONU. Sobre los derechos de las personas con discapacidad: conceptos fundamentales y guía para reformar leyes*, ob. cit. 17 y 18.

⁴⁴⁴ Ídem.

personas o reconocer su personería sin la intervención formal de ciertos representantes reconocidos para tal propósito. La capacidad de una persona para designar a una red de apoyo, la cual actuará en el marco de una relación fiduciaria con ésta, es un umbral más bajo que las normas habituales de la aptitud contractual. En este caso, se trata de la capacidad de identificar a otros en los que se confía y, de cierta forma, señalar esa identificación⁴⁴⁵.

Este estatus se asemejaría al *segundo grupo de beneficiarios* propuesto por Quinn, que incluiría a aquellas personas en las cuales su voluntad y preferencia puede ser detectada, pero que están siendo ignoradas. Todavía no hay obligación para, incluso, hacer un esfuerzo y retornarles su voluntad, no la hay porque son ignorados. Asumiendo que la voluntad o preferencia de una persona puede ser detectada, la primera obligación obvia es poner en su lugar aquéllos apoyos que puedan afirmar que tal es su voluntad, y al mismo tiempo, expresarla. Aquí estamos facilitando la expresión de sus voluntades y permitiendo que las personas decidan por sí mismas⁴⁴⁶.

El motivo para distinguir entre el estatus de la toma respaldada y el de la toma autónoma de decisiones —aunque ambos establecen la plena capacidad jurídica de la persona en cuestión— es que la necesidad de una persona de contar con un grado mínimo de asistencia en el ejercicio de la capacidad jurídica no debe ser necesariamente un motivo para imponerle el requisito de tener un representante o un estatus de toma respaldada de decisiones. Debemos preocuparnos porque en nuestros esfuerzos por ofrecer asistencia a estas personas en la toma de decisiones, no necesariamente requiramos que tengan redes/asistentes reconocidos formalmente para apoyarles en la toma de decisiones⁴⁴⁷.

3. *La toma conjunta de decisiones y la toma de decisiones en sustitución de una persona.* Incluye el caso de las personas que no podrían satisfacer los criterios sobre la capacidad jurídica sin una asistencia considerable de otros y que no cuentan con relaciones personales que las valoren. Este es el caso de muchas personas con discapacidades intelectuales, “debido a que están confinadas y aisladas, estas personas no cuentan con apoyo o con gente

⁴⁴⁵ Para un ejemplo de una declaración estatutaria sobre el umbral de ‘incapacidad’ para designar a personas que presten apoyo/representantes, lo cual transfiere la carga a las otras partes, véase Columbia Británica, Canadá, Representation Agreement Act.

⁴⁴⁶ Quinn, G, *La personas con discapacidad. personalidad y la capacidad jurídica. Perspectiva sobre el cambio de paradigma del Art. 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, ob. cit. p.11.

⁴⁴⁷ Beach, M, *Derecho a la capacidad jurídica bajo la convención de la ONU. Sobre los derechos de las personas con discapacidad: conceptos fundamentales y guía para reformar leyes*, ob. cit. 18.

que las conozcan y ayuden a que se otras partes y el derecho reconozcan su personería. Esperamos que esto no suceda en el futuro, ya que bajo la CDPD, las personas tienen derecho al apoyo que necesitan para maximizar su potencial, integrarse y participar plenamente en la sociedad, vivir independientemente en comunidad con otros, a que se les reconozca plenamente su personería y a ejercer su capacidad jurídica”⁴⁴⁸.

Quinn a propósito nos habla también de un tercer grupo, que puede estar constituido por aquellos que su voluntad o preferencia es casi imposible de detectar. En esta categoría incluimos a aquéllas personas que fueron institucionalizadas y cuya memoria que los conectaba con su familia, amigos y comunidad, se ha ido. Estas son las personas que a menudo las describen como en un estado “vegetativo permanente”, descripción de un lenguaje que parece, incluso, negar la personalidad”⁴⁴⁹. Aquí, la afectación de la autonomía de la voluntad es de tal modo que la misma resulta prácticamente inexistente. Se trata de situaciones donde las deficiencias inciden en el elemento cognitivo y volitivo de la persona al punto de tornarlo ausente.

En cierto punto, sucederá que los asistentes y los apoyos acabarán tomando decisiones “para” y no decisiones “con” aquellos individuos. Uno puede tratar de definir este inconveniente a través de una visión que está por fuera de la realidad, diciendo que se necesita un 100% de apoyo. Para el profesor Quinn esto no funcionaría así, no es posible esconder la realidad de que las decisiones están siendo tomadas “por” y no “con”⁴⁵⁰. No obstante mirado desde una perspectiva en la cual no se han hecho las cosas como corresponden y teniendo que mirar atrás, el autor Irlandés comenta que es aquí en donde el verdadero paradigma comienza⁴⁵¹.

Este autor está convencido que aquélla dura realidad en donde a veces las decisiones deben de ser tomadas “por” y no “con”, no significa que la toma de decisiones sustituta (cuya utilización es habitual) sea la respuesta correcta. Tenemos que asegurarnos que el cambio de paradigma significa que, incluso en esta categoría, sea necesario sobre la base del artículo 12.3, para que de esta manera se puedan tomar pasos adicionales⁴⁵².

⁴⁴⁸ Ídem, p. 19.

⁴⁴⁹ Quinn, G, *La personas con discapacidad. personalidad y la capacidad jurídica. Perspectiva sobre el cambio de paradigma del Art. 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, ob. cit. p. 12.

⁴⁵⁰ Ídem

⁴⁵¹ Ídem.

⁴⁵² Ídem.

Las disposiciones relativas a los ajustes razonables pueden ofrecer parte de la respuesta a este desafío. De conformidad al artículo 5 de la CDPD, los Estados partes deben proveer ajustes razonables para velar porque las personas con discapacidades puedan gozar de todos los derechos y libertades que establece la Convención. Entonces, “esta obligación también es pertinente para el artículo 12. Podría ser más congruente con el fomento del derecho individual a la capacidad jurídica que en situaciones en las que se toman decisiones en sustitución de una persona —debido a la falta de asistencia o de relaciones personales con otros que la conozcan lo suficientemente bien para apoyarla en la toma de decisiones— reconozcamos este hecho. Si no lo hacemos, ¿qué significaría decir que una de las salvaguardias jurídicas sobre el apoyo a la toma de decisiones bajo el artículo 12.4 es que este apoyo no será realmente una toma de decisiones en sustitución de la persona mediante otra denominación?”⁴⁵³.

Si mencionamos que actualmente existe este punto de delimitación y que necesitamos hacer todo lo posible para evitar su aplicación, ello podría ser el detonante para que se evalúe si realmente se han llevado a cabo los ajustes razonables. Estos ajustes necesitarían “de una inversión en la asistencia en la toma de decisiones, lo que incluye redes para apoyar la toma de decisiones en el ejercicio de la capacidad jurídica. Esto establece el momento en el que se debe evaluar si se han efectuado los ajustes razonables - hasta el punto de un umbral muy alto de daños indebidos- para asistir a una persona para que realmente se le reconozca sus personería jurídica y se le ofrezca asistencia/ apoyo para que ejerza su capacidad jurídica”⁴⁵⁴. Se tendrían que establecer salvaguardias y requisitos para la continua inversión en las medidas de apoyo a aquellas personas cuyas decisiones todavía se toman en su sustitución, a fin de que puedan obtener su capacidad jurídica lo más pronto posible. Los ajustes razonables requieren de la modificación del medio ambiente y los procedimientos cuando sea necesario un caso particular , para lograr la igualdad en el goce y el ejercicio de los derechos⁴⁵⁵. Esto permite la flexibilidad al aplicar los “estándares normativos que quizá no resulten adecuados para un individuo en particular, aunque puedan ser útiles para muchos otros. En relación a la capacidad jurídica, esto puede

⁴⁵³ Ídem

⁴⁵⁴ Ídem

⁴⁵⁵ Ídem.

significar ampliar los plazos o ignorar interpretaciones no normativas de las reglas relacionadas con una transacción, cuando esto sea necesario en interés de la justicia”⁴⁵⁶.

2.3. Dependencia y autonomía dos caras de la misma moneda

No creemos que se deba dedicar mucho esfuerzo para justificar que las cuestiones de la autonomía e independencia tienen mucho que ver con el discurso de los derechos humanos⁴⁵⁷. Deberíamos decir entonces que, “la autonomía se ha constituido en presupuesto y fundamento de los derechos, presupuesto al asociarse a la propia concepción del ser humano de los derechos; fundamento al ir unida al ideal de la vida humana digna, que es el fin último de los derechos humanos”⁴⁵⁸. Diríamos que la dignidad humana, lo que hace humanas a las personas, es la posibilidad de decidir sus fines, su autonomía, el ser capaces de transformarse a sí mismas⁴⁵⁹.

En consecuencia, el discurso de los derechos humanos comienza desde una concepción de los seres humanos en que la autonomía concebida como un dato caracterizador de éstos, que se pronuncia en distintas formas y posibilidades, y que cuenta con condicionantes emanadas de las situaciones personales y sociales, cumple un rol fundamental⁴⁶⁰.

No obstante, la concepción *liberal* en la que los derechos encuentran su origen, atribuye los derechos a un agente moral autónomo, es decir, al sujeto capaz de elegir y responsabilizarse por la opción elegida. Ideas estas que, sin embargo, se desconectan con cualquier idea de autorealización racional que inevitablemente, en opinión de Berlin, degenera en la creencia de que hay un único modo correcto de vivir y conduce al paternalismo y autoritarismo. Continúa este autor diciendo que, el “punto común de todas las visiones racionalistas y utópicas es considerar que las personas tienen una naturaleza

⁴⁵⁶ Ídem.

⁴⁵⁷ Ver este tema, por ejemplo, en De Asís, R., *Derecho humano y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos*. En Campoy, I y Palacios, A., (coord.) igualdad no discriminación y discapacidad. Una visión integradora de la realidad española y argentina, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 17-50.

⁴⁵⁸ De Asís, R y Barranco, M., *El derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*. En *situación de dependencia, discapacidad y derechos*. Barranco M (coordinadora). Ed. Dykinson, S.L. Madrid, 2010. p.108.

⁴⁵⁹ Berlin, I., *four seáis on liberty*, Londres y Nueva York, año, 1969. Oxford University press. Traducción al castellano, traductores: Belén Urrutía; julio Bayón; y Natalia Rodríguez, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Ed. Alianza, Madrid, 1998.

⁴⁶⁰ Ídem.

fija e inalterable y, además persiguen también metas comunes universales cuya consecución supone la realización plena de dicha naturaleza”⁴⁶¹.

Quienes no disfrutan de esta autonomía, no pueden ser titulares de derecho en la misma medida. Pues bien, esta concepción debe de ser revisada, para incorporar dos ideas de relevancia singular; la *primera* que, frente a lo que refleja nuestro Derecho, la adquisición de nuestras capacidades que permiten considerar que un ser humano es autónomo, es progresiva; la *segunda* que la autonomía es más un objetivo que un requisito, para la atribución de derechos”⁴⁶². Sólo desde estos presupuestos se puede articular de forma adecuada la *igualdad* y sólo desde estos presupuestos es posible plantear que determinados seres humanos, tales como los niños muy pequeños, son titulares de Derechos⁴⁶³. En este sentido, Berlín sitúa a hombres y mujeres que se transforman a sí mismos y que se ven obligados a elegir constantemente (visión dinámica y pluralista) entre diversos fines que no tienen por que ser necesariamente buenos o racionales. La capacidad de escoger aparece así como presupuesto de humanidad, lo que tiene una clara repercusión moral, pues la dignidad de la persona reside en el hecho de que es ella quien elige, de que puede ser su propio dueño⁴⁶⁴. De ahí, que la estimación de que la libertad de escoger es un elemento indispensable para lograr la humanidad de los seres humanos. Este rasgo implica concebir la naturaleza humana como algo en constante transformación. En ese proceso aparece una gran variedad de metas posibles, pero que no son infinitas, porque la naturaleza humana, aunque diversa y sujeta al cambio, debe poseer cierto carácter genérico si quiere ser llamada humana. Lo que no existe es un único fin determinado a priori que deba ser alcanzados por todos para conseguir la autorrealización⁴⁶⁵.

Por su parte, el logro de una vida humana digna, como aspiración que se pretende conseguir mediante el reconocimiento de los derechos, no se entiende sin la protección, la promoción y la satisfacción de la autonomía. Y en este punto la independencia, se entronca

⁴⁶¹ Berlin .I., *The crooked timber of humanity: chapter in the history of ideas* . Ed Henry Hardy (Londres, 1990; John Murray, 1991; Knopf) traducción al castellano de José Manuel Álvarez Flores como., *el fuste torcido de la humanidad*, Ed. Península, Barcelona, 1992.

⁴⁶² Ídem.

⁴⁶³ Ver este tema, por ejemplo, en Fanlo, I. (comp.), *Derechos de los niños. Una contribución teórica*, Ed. Fontamara, México, 2004, p. 107-141.

⁴⁶⁴ Berlin .I ., *The crooked timber of humanity : chapter in the history of ideas*, ob. cit, p.61.

⁴⁶⁵ García, E, *El pensamiento político de Isaiah Berlin*. Ed, estudios políticos, Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, 2001, p 57.

con la autonomía⁴⁶⁶. Diremos entonces que, “la atribución del valor a la autonomía ha desencadenado en el ámbito de la filosofía política el discurso sobre la autodeterminación y en coherencia, sobre la necesidad de articular un sistema jurídico-político que impida que los seres humanos puedan vivir situaciones de dominación arbitraria, es decir, situaciones en las que el sujeto sea capaz de imponerse sobre otro sujeto vulnerando sus derechos, se produzcan estas en el ámbito público o en el privado”⁴⁶⁷. Esta situación ha sido una constante a lo largo de la historia, en mayor medida hacia los grupos mas vulnerables. En este sentido, “puede afirmarse que todos los derechos pretenden proteger la autonomía, y favorecer el ejercicio de acciones independientes, lo que no siempre es lo mismo que la desaparición de situaciones de dependencia. Autonomía e independencia, en mayor o en menor medida, forman parte del contenido de todos los derechos”⁴⁶⁸.

Ahora bien, la ausencia, falta o pérdida de autonomía provoca una situación de dependencia, y será necesario legislar para proteger esta situación. Estaremos de acuerdo según lo planteado hasta ahora, que el modelo de apoyo es el mas efectivo para que se cumpla con la independencia y autonomía en la toma de decisiones. Sin embargo para “poder maximizar esta autonomía, tendremos que tratar de hacer desaparecer primero ésta situación de dependencia, para luego posibilitar las medidas de apoyo que se requieran de conformidad a las necesidades de la personas con discapacidad Así, de esta manera, estaríamos aportando al desarrollo de su proyecto de vida”⁴⁶⁹.

Debemos aclarar, que la dependencia comprende más situaciones que las estrictamente derivadas de la edad, enfermedad o deficiencia, dado que las limitaciones funcionales que sufre una persona no derivan unicamente de sus características individuales, si no tambien de sus caracteristas de su entorno y medios en el que se desarrollan sus actividades habituales⁴⁷⁰. Por ello, “la respuesta normativa frente a la dependencia no puede quedar en términos de asistencia, sino que debe ser considerada un derecho de todas las personas a ser protegidas en dicha situación, orientando dicho amparo

⁴⁶⁶ De Asís, R y Barranco, M., *El derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, ob. cit. p. 109.

⁴⁶⁷ Ídem.

⁴⁶⁸ Ídem, p. 110.

⁴⁶⁹ Ídem.

⁴⁷⁰ Mercader Urguina, J.R. Desde esta concepción se asume claramente que la expresión *riesgo social*, pretende indicar que el origen del presunto daño no radica tanto en las características personales del individuo, cuanto en las condiciones sociales en que se ve constreñido a desarrollar su actividad., *Concepto y concepciones de la dependencia*, En *protección social de las personas dependientes*, González, S y Quintero, M.G (coord.) Ed. La ley, Madrid, 2004. p .74.

al logro de la autonomía (entendida tanto como un punto de partida como un punto de llegada). Si la falta de autonomía se convierte en un indicio significativo de la existencia de una situación de dependencia, entonces las medidas tendentes a garantizar el mayor grado de autonomía posible serán las respuestas adecuadas a ofrecer”⁴⁷¹.

A esta altura, podemos preguntarnos como podríamos entender esto, sin ser contradictorios con el modelo social, que promueve la independencia y autonomía como pilares fundantes de su postulados, al cual también hemos defendido (dicho sea de paso) como un elemento clave para el “modelo promotor” de capacidad. Diremos entonces, que “la independencia constituye de alguna manera un presupuesto de la autonomía, puesto que la autonomía real se logra en una situación de independencia. Sin embargo también puede entenderse como una consecuencia, dado que también sería admisible en un discurso de los derechos presidido por la autonomía, las situaciones de dependencia derivadas de una decisión autónoma individual”⁴⁷².

En todo caso, “es importante ser conscientes de que la atención normativa a la dependencia, implica y presupone una valoración positiva de la independencia. Así, la primera finalidad del tratamiento jurídico de la dependencia es hacerla desaparecer; o en otros términos, alcanzar el mayor grado de independencia posible”⁴⁷³.

Hemos advertido sobre las dificultades que pueden presentarse en la aplicación del modelo de apoyo, por la complejidad que presenta lo heterogeneo del mundo de las personas con discapacidad. Sobre todo en aquellos casos en donde se requiera mayor asistencia, por la situación real de dependencia en que se encuentran. Por tanto debemos reflexionar al respecto, y extendernos en su explicación.

Para respetar plenamente esta diversidad del colectivo de las personas con discapacidad, el modelo de apoyo debe cumplir con su cometido de manera efectiva, debiendo adaptarse a las diferentes situaciones personales del individuo en cuestión. Dicha asistencia debería ser diseñada a la medida de las necesidades de la persona, y del modo que implicase menor restricción a la autonomía y al ejercicio de los derechos.

⁴⁷¹ De Asís R y Palacios, A. *aproximación al concepto de dependencia.*, En, *La protección internacional de las personas con discapacidad*. Fernández Liesa. C. Ed. colección 53 monografías. Madrid, 2007. p. 26.

⁴⁷² De Asís, R y Barranco, M., *Derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*. ob. cit. p. 109.

⁴⁷³ De Asís R y Palacios, A, *aproximación al concepto de dependencia*, ob. cit. p. 19.

Para ello, será necesario primero, diferenciar entre la autonomía, como elemento sobre el que se articula una teoría basada en derechos ⁴⁷⁴, y el “derecho a la autonomía, denominado como “derecho a la vida independiente”. Recordemos, no obstante que la existencia de situaciones de dependencia no es incompatible con este nuevo derecho, pero sí justifica su necesidad”⁴⁷⁵.

En general, de la autonomía emanan dos grandes componentes de exigencias; por un lado un contenido de *no intervención o invasión*; por otro, un *contenido de promoción*⁴⁷⁶.

El primero de los contenidos “encuentra su acomodo en la visión que podríamos denominar como clásica de la autonomía y viene a exigir el respeto a la elección autónoma en el mayor grado posible. Se corresponde a una situación de libertad (que se predica como universal) y tiene como contrapartida un no derecho a intervenir en esa decisión. Este no derecho, susceptible también de ser entendido como una obligación de no hacer (obligación negativa) posee un alcance universal (esto es, afecta a particulares y poderes públicos), y sólo decae en situaciones concretas e individuales (cuya apreciación debe ser realizada con toda las garantías en consonancia con los valores presentes en el discurso de los derechos humanos)”⁴⁷⁷. Además, la coherencia con la idea de que las capacidades se asocian a la autonomía se adquieren de forma gradual⁴⁷⁸, debería llevarnos a considerar (como de hecho propone la convención) el régimen jurídico de la capacidad.

Por otra parte, “el segundo de los contenidos se basa en la relevancia del poder de elección autónomo de la persona, imposible de llevar a cabo sin la satisfacción de ciertas necesidades o sin la puesta a su disposición de ciertos medios o instrumentos. Se corresponden con una situación de derecho (que se predica como universal) y se tiene como contrapartida una obligación de promoción, remoción y prestación. Esta obligación (susceptible de ser entendida como una obligación positiva, esto es, de hacer), dentro de un discurso coherente de los derechos debería poseer un alcance universal, decayendo solo en las situaciones concretas e individuales en las que la propia autonomía del obligado se viera afectada de manera insoportable. Sin embargo, en las sociedades contemporáneas,

⁴⁷⁴ Nino, C, *Ética y derechos humanos*, Ed. Ariel, Barcelona, año 1989, p.173

⁴⁷⁵ De Asís, R y Barranco, M., *El derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, ob. cit. p.110

⁴⁷⁶ Ídem.

⁴⁷⁷ Ídem, p. 111.

⁴⁷⁸ Lansdown, G., *La evolución de las facultades del niño*, UNICEF, 2005.

seguramente, y aunque pueda aparecer contradictorio, por una exaltación del valor de la autonomía (unida a un abandono del análisis de la situación real de las personas y un uso incoherente del valor de igualdad) esta obligación, en el caso de existir, se ha proyectado única y exclusivamente en los poderes públicos”⁴⁷⁹.

No obstante, “junto a estos dos componentes de requerimientos es posible, dentro de esta misma perspectiva considerar la existencia de un derecho a la autonomía individualizada, el derecho a la *vida independiente*, que tenga como contrapartida una obligación general de promoción, remoción, y prestación (si no de carácter universal, al menos sí en el ámbito de los poderes públicos)”⁴⁸⁰.

Sin embargo, debemos decir que “la individualización de un derecho a la autonomía en sus dos contenidos o facetas exigen establecer criterios que permitan su distinción frente al contenido del valor presente en todos los derechos, frente a los derechos económicos, sociales y culturales y frente a los derechos proyectados en colectivos concretos. Esta distinción debe tener en cuenta, en coherencia con el discurso de los derechos, la situación real en la que se encuentra la protección de la autonomía y los contenidos no satisfechos por el resto de los derechos. Ambas proyecciones pueden ser reunidas bajo el rótulo de la falta de autonomía o, si se prefiere, de la situación de dependencia. Se trataría de un nuevo derecho emergente, derivado como los derechos sexuales y reproductivos, de la autonomía y su razón de ser la constituiría precisamente, la existencia de situaciones materiales de dependencia”⁴⁸¹.

Este nuevo derecho que se relaciona con las situaciones reales de dependencia, deberá de ser considerado también al momento de aplicación del nuevo paradigma, es por ello que tendremos que hablar del enfoque de la *situación* de la persona con discapacidad, como también del enfoque de su *identidad*, para lograr maximizar su autonomía. El profesor De Asís lo expone de manera clara, indicando las causas que pueden generar una situación de dependencia, “con carácter general, es posible afirmar que la falta de autonomía o las situaciones de dependencia, poseen un alcance social. Como es sabido esto es lo que se defiende en el ámbito de la discapacidad desde el llamado modelo social, postura que es posible trasladar a este ámbito. En efecto, muchas situaciones de

⁴⁷⁹ De Asís, R y Barranco, M, *El derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, ob. cit., p 111.

⁴⁸⁰ Ídem.

⁴⁸¹ Ídem, p. 111-112.

dependencia son producidas por la manera en la que se configura y estructuran los entornos, los servicios o los propios modos de vida sociales. Por eso, el examen de la dependencia es, en primer lugar, un examen que debe centrarse en la *situación* en la que se encuentran las personas”⁴⁸².

Continúa el profesor de la Universidad Carlos III, diciendo que “este examen sería irreal si, junto al enfoque de la situación, no se utilizara otro, que puede ser denominado como de la *identidad*, y que tiene en cuenta los rasgos y características, físicas e intelectuales, de las personas implicadas. Este enfoque permite integrar situaciones específicas en las que se encuentran ciertas personas, derivadas de factores muy diversos de índole físico o intelectual. No se trata de enfoques independientes sino que deben ser tenidos en cuenta a la vez y son normalmente utilizados en la justificación y planificación de políticas antidiscriminatorias”⁴⁸³.

Desde el enfoque de la *situación*, de lo que se trata es de analizar los *entornos* de falta de autonomía o de dependencia en la que se encuentran las personas. En principio, no importa el origen sino la situación concreta. Y, a la vista de la “gravedad de las situaciones de dependencia, se establecerán qué apoyos necesitan las personas para disminuir o hacer desaparecer esa situación. Desde el enfoque de la *identidad*, de lo que se trata es de analizar el *origen* de la situación de falta de autonomía o de dependencia. Y este *origen* puede estar en rasgos sociales, en rasgos individuales (físicos o intelectuales) o puede ser la unión de ambos. Entonces, el principal cometido será el de hacer desaparecer las barreras de índole social y, a continuación, establecer los apoyos específicos que necesitan las personas, de nuevo, para disminuir o hacer desaparecer esa situación”⁴⁸⁴.

⁴⁸² De Asís, R. *Sobre el derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Huri-Age. Consolider ingenio 2010. p. 3 y 4.

⁴⁸³ Ídem

⁴⁸⁴ Ídem

3. LA PLASMACIÓN DEL MODELO PROMOTOR EN EL ARTÍCULO 12 DE LA CDPD.

Diremos que para el modelo la capacidad atraviesa toda la CDPD, pero se plasma íntegramente en la redacción del artículo 12, por ser justamente el espacio donde se trata puntualmente la capacidad jurídica. Este nuevo tratamiento de la capacidad es más inclusivo y respetuoso con el discurso de los derechos, proponiendo una “capacidad jurídica universal”.

Podemos decir entonces que cualquier medida relativa a la capacidad jurídica debe basarse en elementos inclusivos y neutrales en cuanto a las discapacidades y no debe tener nunca ni la intención ni el resultado de excluir a las personas con discapacidad⁴⁸⁵. Así, todas las disposiciones de las legislaciones nacionales que automáticamente consideran “incapaces” a las personas que tienen determinadas “deficiencias”, deben ser entendidas como un supuesto de discriminación directa. Y aquellas disposiciones que incluyen otros elementos adicionales (como por ejemplo la capacidad de autogobierno), pero que tienen el efecto de perturbar exclusivamente o desproporcionadamente a las personas con discapacidad o con “deficiencias” deben ser cuidadosamente examinadas para determinar si se trata de supuestos de discriminación indirecta⁴⁸⁶.

A continuación veremos cómo elementos claves del modelo se ven plasmados en el art.12, analizando también su presencia en otros derechos sustantivos del instrumento internacional.

3.1. Presencia del principio de autonomía en el art.12.

Ya hemos dicho que el modelo establece a priori que “todas” las personas (incluyendo a las con discapacidad), tienen capacidad para ejercer sus derechos, y plena libertad para tomar sus decisiones, herramienta clave para el logro de una vida humana

⁴⁸⁵ Capacidad jurídica y discapacidad propuesta para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico Español al Art.12 de la CDPD. Informe elaborado dentro del Programa *El Tiempo de los derechos*, Consolider - Ingenio 2010, por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” en el marco del Proyecto “Estudio, implementación y seguimiento sobre Capacidad Jurídica de la CDPD en los ordenamientos jurídicos locales” coordinado por la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁴⁸⁶ Ídem, p.13 y 14.

digna. Diremos que es elemental, previo a todo ello, que haya un reconocimiento de la personalidad ante la ley, para luego poder ejercer los derechos. En esta nueva visión de capacidad desde los derechos, las personas con discapacidad son consideradas *sujetos de derecho*, por tanto, participan en igualdad de condiciones en todos los ámbitos de la vida social. Esta consideración tiene relación con la dignidad inherente a todo ser humano, con independencia de su rol y aporte en la sociedad, una de las ideas que también se promueven desde el modelo.

Este reconocimiento de la personalidad es fundamental, e indiscutible, es por ello que suele considerarse que el inciso 1 del artículo 12 reconoce lo “obvio” y que no supone una gran innovación respecto de la situación anterior a su aprobación, puesto que ya otros tratados internacionales de derechos humanos contienen previsiones similares (por ejemplo el art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)⁴⁸⁷. Por esta razón, este inciso emplea el término “re-afirmación”. Ahora bien, este precepto puede cobrar relevancia en relación con algunas cuestiones.

En primer lugar, y puesto que la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento, “este inciso refuerza el art. 10 de la Convención que contempla el derecho de las personas con discapacidad a la vida en igualdad de condiciones, y puede apoyar la consideración de que este derecho no puede ser denegado sobre la base de la discapacidad”⁴⁸⁸, cuestionamiento que parecen hacer algunas legislaciones que contemplan plazos más amplios para la interrupción voluntaria del embarazo en el caso de que el feto pueda presentar una discapacidad de determinadas características.

Del mismo modo, el inciso 1 del artículo 12 puede requerir una revisión de la legislación nacional para detectar posibles discriminaciones basadas en la discapacidad en relación con algunos de los efectos que se derivan del reconocimiento de la personalidad jurídica (nacionalidad, nombre, dirección, patrimonio etc.).

Así, toda ley o práctica por la cual no se registra a una persona con discapacidad al nacer, o se le niega un documento de identidad o se le descalifica, por ejemplo, para heredar debe considerarse contraria al inciso 1 del art. 12.⁴⁸⁹. Pero, además, este inciso también requiere que las normas y prácticas que rigen la obtención de documentos de identidad etc. sean incluyentes teniendo en cuenta las exigencias de *accesibilidad* y la

⁴⁸⁷ Ídem, p.10

⁴⁸⁸ Ídem.

⁴⁸⁹ Ídem.

necesidad de establecer *ajustes razonables*. De otro modo se estaría negando el derecho de las personas con discapacidad a ser reconocidas como personas ante la ley⁴⁹⁰.

En relación con lo anterior, “resulta crucial tener presente que el art. 12 – tal y como se deriva de su tenor literal, que no establece distinciones, de la previsión de articular apoyos, que se contempla en el art. 12.3, de la definición no cerrada de discapacidad, que se contiene en el art. 2 , del propósito de la Convención que consiste, como señala el art. 1, en reconocer “todos los derechos” a “todas las personas” con discapacidad, del Preámbulo que se refiere a las personas que necesitan apoyos más intensos – sienta el paradigma de “capacidad jurídica universal”, para todas las personas con discapacidad sin exclusiones por razón del tipo o del grado de discapacidad. Ciertamente, cuando la Convención quiere apartarse de esta terminología general y universal para referirse a las personas con discapacidades específicas o para aludir a determinadas personas con discapacidad, lo hace expresamente. De este modo, la Convención sienta una *presunción iuris et de iure* en relación con la capacidad jurídica que no puede ser modificada, restringida o anulada”⁴⁹¹. Podemos constatar entonces que esta idea genérica de *presunción de capacidad*, que pregona el modelo, se ve plasmada en todo el artículo 12, de la CDPD, ya que este, en ninguno de sus incisos, establece límites en razón de discapacidad, sino lo contrario establece maximizar la autonomía, en todos los ámbitos de la vida.

Es por ello que desde el modelo se plantea *potenciar la autonomía*, a partir de la igualdad en el ámbito de la capacidad. Esta idea la podemos ver reflejada en el numeral 2, del art.12, de la CDPD, al dejar claro que las condiciones de acceso a la capacidad jurídica inciden en un sentido esencial en las posibilidades de ejercicio de los derechos. Ciertamente, la “capacidad jurídica constituye la puerta de acceso al ejercicio de todos los derechos, por lo que su reconocimiento es un requisito imprescindible para poder ejercer y disfrutar de los derechos en igualdad de condiciones. En este sentido, la igualdad en la capacidad jurídica tiene un valor instrumental en relación con los demás derechos reconocidos en la CDPD”⁴⁹². Diremos que a esta altura, hay un consenso sobre el

⁴⁹⁰ Ídem, p.11.

⁴⁹¹ Capacidad jurídica y discapacidad propuesta para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico Español al Art.12 de la CDPD. Informe elaborado dentro del Programa *El Tiempo de los derechos*, ob. cit. p.14.

⁴⁹² Capacidad jurídica y discapacidad propuesta para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico Español al Art.12 de la CDPD. Informe elaborado dentro del Programa *El Tiempo de los derechos*, ob. cit. p.11.

significado de esta nueva noción de capacidad, que confirma la presencia de las dos dimensiones conocidas (estática como la dinámica), desde ahora se manejará un concepto amplio de capacidad.

Esta interpretación puede apoyarse en el Informe que el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos presentó al Comité Especial en su Sexta Reunión denominado “Capacidad jurídica”. De este informe se deriva que “tanto en los trabajos preparatorios de la Convención, como en el Derecho Internacional, la capacidad jurídica se contempla como concepto amplio que alude tanto a la capacidad de tener derechos, como a la capacidad de ejercicio de los derechos. También desde la filosofía del modelo social que inspira la Convención, del contenido de su Preámbulo y de otras disposiciones de su articulado y del resto de los incisos del art. 12 se extrae esta interpretación”⁴⁹³.

En efecto, si el inciso 2 del artículo 12 dejara fuera a la capacidad de actuar (capacidad de obrar en el sistema español) resultaría redundante en relación con el art. 1 (y en relación con las disposiciones de otros tratados internacionales) y el inciso 3 que se refiere a las medidas de apoyo no tendría ningún sentido. Esta interpretación “parece ser la asumida en las observaciones que hasta el momento ha realizado el comité sobre los derechos de las personas con discapacidad en relación a los informes iniciales presentados por los Estados miembros en cumplimiento del art. 35 de la Convención y ha sido expresamente defendida por el Comité sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”⁴⁹⁴. Por tanto podemos decir que ha quedado plasmada la idea del modelo en el art.12, de la CDPD, al proponer una nueva noción de capacidad, de carácter *unidimensional*, más inclusivo, que nos permita hablar con propiedad, de esta posibilidad de ejercer nuestros derechos.

Ahora bien, cuando el modelo nos habla de *promover el ejercicio de los derechos*, se está refiriendo a “todos”, sin excepción, no especificando al respecto de ellos, ni a la esfera de su desarrollo, esto quiere decir que se incluye tanto los derechos patrimoniales como personalísimos, y cuya participación incumbe tanto a la esfera privada como pública. Idea que se irradia también en el inciso 2 del art. 12, al establecer que las personas con discapacidad tienen igual capacidad jurídica “*en todos los aspectos de la vida*”. Esta

⁴⁹³ Ídem, p.13.

⁴⁹⁴ Ídem.

previsión “cobra enorme importancia en las legislaciones nacionales que, en gran medida como consecuencia del abordaje de esta cuestión desde el enfoque del Derecho privado, prestan atención y regulan con detalle los aspectos patrimoniales relacionados con el ejercicio de la capacidad, pero descuidan otras esferas personales, sociales, políticas etc”⁴⁹⁵. En efecto, por lo que respecta a los aspectos no patrimoniales, “los Derechos internos no suelen establecerse previsiones o garantías específicas (con la excepción de algunos derechos personalísimos). Pues bien, la regla de igualdad en la capacidad jurídica del art. 12. Inc.2, se proyecta en todas las esferas de actuación de la persona. Mientras que su aplicación en el ámbito patrimonial exigirá reformar las legislaciones nacionales, su aplicación en el resto de los ámbitos de actuación de la persona implicará la adopción de soluciones que cubran las lagunas existentes en este momento”⁴⁹⁶.

Para cerrar el análisis del inciso 2 del art. 12 conviene tener presente que la exigencia de igualdad en el ámbito de la capacidad requiere, como ya se ha mencionado, poner en marcha dos herramientas propias del modelo social que la propia Convención también contempla: la accesibilidad universal y los ajustes razonables⁴⁹⁷. El reconocimiento de la igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad exige, en efecto, que se erradiquen las barreras que dificultan la toma de las propias decisiones y donde las dificultades persistan no se trata de transferir el derecho a decidir a un tercero, sino de poner a disposición de las personas los ajustes necesarios – que pueden consistir en el apoyo de un tercero – para poder ejercer ese derecho con las debidas garantías⁴⁹⁸. En todo caso, la necesidad de apoyo y su intensidad dentro de la filosofía impuesta por la convención, deben evaluarse atendiendo no sólo a parámetros médicos, ni a habilidades funcionales, sino también a factores sociales y lo mismo cabe afirmar en relación con la modalidad, el nivel y la figura de apoyo considerada pertinente.

Otro elemento del modelo como la posibilidad de *acceder* en igualdad de condiciones en todos los *ámbitos de la vida*, se ven plasmados en el inciso 5 del art. 12, cuando indica la obligación de los estados de “asegurar que las personas con discapacidad puedan *acceder* a una serie de ámbitos económicos y patrimoniales – propiedad, herencia, control de asuntos económicos, hipotecas, préstamos bancarios, y otras modalidades de

⁴⁹⁵ Ídem, p.14.

⁴⁹⁶ Ídem.

⁴⁹⁷ Ídem, p.15.

⁴⁹⁸ Ídem, p.9.

crédito financiero – de los que tradicionalmente han sido excluidas y de garantizar que no sean privadas de sus bienes arbitrariamente”⁴⁹⁹. Como consecuencia de ello, la experiencia ha demostrado que sufren vulneraciones en su *igualdad de oportunidades*⁵⁰⁰.

En este aspecto, la convención ha seguido la metodología utilizada en la materia por la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que hace una alusión similar en el artículo 15.2 respecto de la capacidad jurídica de la mujer en las materias civiles y de manera concreta respecto de la firma de contratos, administración de sus bienes y acceso a la justicia⁵⁰¹.

En relación a esto último podemos decir que esta idea de garantizar el *acceso* en igualdad de condiciones, se irradia también en el art. 13, en donde se contempla el derecho de *acceso* a la justicia de las personas con discapacidad en *igualdad de condiciones* con las demás y se presenta también como un derecho instrumental para la efectiva protección y garantía de los demás derechos, teniendo una estrecha conexión con el art. 12. Para garantizar el efectivo acceso a la justicia de las personas con discapacidad es necesario reconocer su capacidad “procesal” para intervenir activamente en todas las fases de los procedimientos judiciales estableciéndose para ello los ajustes que puedan resultar necesarios (art. 13) y, por tanto, en este ámbito han de operar también los mecanismos de apoyo (art. 12). En este sentido, deben eliminarse todas las trabas legales que niegan a las personas con discapacidad su actuación como partes plenas en los procesos judiciales y establecerse las medidas positivas necesarias que faciliten su participación. Pero, además, la combinación entre estos dos artículos obliga a revisar aquellas legislaciones que consideran que algunas “deficiencias” suponen la falta de capacidad para actuar como testigos, jurados o como profesionales en el ámbito de la Administración de justicia⁵⁰². Sobre acceso a la justicia, uno de los temas más controvertidos sobre sus implicancias en materia penal, es el caso de las personas con discapacidad psicosocial. Se debe reconocer que tienen una capacidad de igualdad jurídica, respecto a los demás, por tanto a de ser considerados responsables de delitos, por la violación a la ley civil, mercantil, laboral, etc., debiéndose

⁴⁹⁹ Ídem, p.20 y 21.

⁵⁰⁰ Palacios, A., Palacios, A. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación de la convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad*. ob. cit. p.466.

⁵⁰¹ Art. 15.2 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

⁵⁰² Capacidad jurídica y discapacidad propuesta para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico Español al Art.12 de la CDPD. Informe elaborado dentro del Programa *El Tiempo de los derechos*, ob. cit. p.22.

contar con todos los apoyos y el alojamiento adecuado para garantizar el acceso a la justicia y el respeto a los derechos y la dignidad humana, incluyendo las condiciones de la pena.

Lo mismo ocurre con el art. 21, en relación a la *libertad de expresión, opinión y acceso a la información*, los estados partes adoptarán las medidas pertinentes para que las personas con discapacidad puedan ejercer estos derechos, “facilitando la información e ideas en igualdad de condiciones con los demás y mediante cualquier forma de comunicación que elijan con arreglo a la definición del art.2 de la presente convención...”, esta garantía viene a reforzar lo que hemos venido diciendo respecto al *acceso en igualdad de condiciones*, incluso aprovechando las ciencias y la tecnología, para que ayuden a ajustar los mecanismos que sirvan a los diferentes tipos de discapacidad.

Por último decir que este inciso 5 es una concreción en una esfera específica de los incisos 2 y 3 del artículo 12, al confirmar la igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad “*en todos los aspectos de la vida*”, independientemente de la complejidad de los actos implicados. Y obliga a dismantelar las leyes nacionales que usualmente descalifican a las personas con discapacidad para realizar estas tareas y a adoptar las medidas de *apoyo adecuadas*⁵⁰³.

¿En qué consisten los apoyos adecuados? Estos dependerán de la situación en que se encuentre la persona con discapacidad. Es por ello que la *accesibilidad* en todos los ámbitos en los que debe desplegarse resulta crucial para lograr la igualdad de las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos. Cuando las medidas de accesibilidad no son suficientes, debe establecerse un sistema de apoyo personalizado adaptado a la situación de la persona que permita el ejercicio de su capacidad jurídica.

El modelo nos habla de la intervención de apoyos (terceros) en la construcción del nuevo procedimiento, en donde estos asistan a quienes lo requieran en el proceso de toma de decisiones. Diremos que en líneas generales esta idea se ve plasmada en el numeral.3 del art.12, que indica, la obligación de los Estados de establecer los apoyos que las personas con discapacidad puedan requerir en el ejercicio de su capacidad jurídica. De esta forma, la Convención reconoce que las personas con discapacidad que se encuentran en determinadas situaciones, si bien tienen la misma capacidad jurídica que los demás, pueden requerir la adopción de algunas medidas positivas – del mismo modo que quizá también otras personas – para garantizar la igualdad de oportunidades en su ejercicio. Así, la *capacidad jurídica es*

⁵⁰³ Ídem.

igual o universal para todos, pero deben reconocerse diferentes modalidades de ejercicio adaptados a la situación de las personas. De este modo, a través del reconocimiento de la igualdad en la capacidad jurídica y del establecimiento de apoyos, el art. 12 trata de encontrar un adecuado balance entre el *principio de protección* y el *principio de autonomía* de las personas con discapacidad, ya que tradicionalmente, estas habían sido sobreprotegidas restringiéndose arbitrariamente su autonomía⁵⁰⁴. Debemos añadir que para el modelo promotor el principio de protección será supletorio del de autonomía y podrá entrar en acción cuando la “autoprotección” por medio de la autonomía individual no pueda conseguirse. Sin embargo esta compatibilidad entre el principio de protección y el principio de autonomía no es nada fácil⁵⁰⁵.

Esto implicará para los Estados, en muchos casos la reforma de su legislación interna para poder implementar las medidas necesarias a los fines de garantizar que las personas que lo requieran tengan acceso al apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. Evidentemente, dicho apoyo será proporcional a las necesidades de la persona, y deberá ser diseñado para cada caso, teniendo en cuenta los requerimientos concretos según la persona y situación⁵⁰⁶.

De este modo, las medidas de apoyo deben articularse como mecanismos de asistencia en todo el proceso de toma de decisiones (comprensión y evaluación de información relevante, valoración de las diferentes opciones y sus consecuencias, expresión de voluntad y preferencias)⁵⁰⁷. Este último es el mayor desafío que tienen los ordenamientos internos, y es donde se manifiesta verdaderamente el paradigma de la capacidad. Esta nueva visión será completa con la aplicación de este nuevo procedimiento, que estará en sintonía con el discurso de los derechos.

La prestación de apoyo, es un mecanismo integral diseñado por la Convención para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad. El art. 12.3 reconoce este apoyo de manera genérica, pero la obligación de promover formas de asistencia y apoyo

⁵⁰⁴ Ídem, p.16.

⁵⁰⁵ Lo destaca Cristian Courtis, al señalar, con referencia a la misma CDPD, de 2006, que es necesaria de alguna fórmula de articulación entre los principios de protección y de autonomía e independencia personal, a efectos de evitar posibles tensiones por ejemplo, entre paternalismo y autonomía: en, *Los derechos de las personas con discapacidad en el sistema de las naciones unidas*. En *tratado sobre discapacidad*, (Rafael de Lorenzo y Luis Cayo Pérez Directores), Navarra, 2007, p. 37.

⁵⁰⁶ García, V., *El mayor interés en la esfera personal del incapaz*, ob, cit., p.32.

⁵⁰⁷ Capacidad jurídica y discapacidad propuesta para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico Español al Art.12 de la CDPD. Informe elaborado dentro del Programa *El Tiempo de los derechos*, ob. cit., p.16.

aparece también específicamente contemplada en otros preceptos (en el art. 9 en relación con el acceso a la información, en el art. 23 en relación con la crianza de hijos, en el art. 24 en relación con la educación, en el artículo 29 en relación con el derecho al voto). Esta extensión del apoyo refuerza el reconocimiento general otorgado a la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad en “todos los aspectos de la vida” en el artículo 12.2 de la CDPD⁵⁰⁸.

La CDPD no diseña específicamente el sistema de apoyo, dejándolo abierto a las legislaciones nacionales que, en todo caso, deberán dar participación en su diseño a las personas con discapacidad en cumplimiento de la obligación establecida en el art. 4.3 de la Convención⁵⁰⁹. En todo caso, la necesidad de apoyo y su intensidad dentro de la filosofía impuesta por la Convención, deben evaluarse atendiendo no sólo a parámetros médicos, ni a habilidades funcionales, sino también a factores sociales y lo mismo cabe afirmar en relación con la modalidad, el nivel y la figura de apoyo considerada pertinente⁵¹⁰. Este nuevo procedimiento tendrá un tratamiento más respetuoso y tolerante respecto de la persona con discapacidad, dejando de ser un “objeto” del procedimiento, para convertirse sujeto del mismo, participando activamente en el proceso de toma de decisiones.

Sin embargo, todavía no podemos apreciar de manera clara en qué consiste este nuevo modelo de “apoyo”, ya que es muy poco el tiempo que ha transcurrido desde que fuera aprobada la convención en el 2006, y esta no se ha aplicado de manera íntegra. Por tanto tendrán que ir adecuándose las instituciones existentes, y crear otras para cumplir fielmente con la filosofía de la convención, y del modelo. En síntesis podemos decir que a través del nuevo procedimiento propuesto por el modelo promotor, se vigoriza la presencia del *principio de autonomía*, postura adoptada por el art.12, en el proceso de toma de decisiones.

Por último debemos decir que para la CDPD, este reemplazo del modelo de sustitución por el modelo de apoyo se articula como un reemplazo total. El modelo de sustitución en la toma de decisiones no tiene cabida dentro de la exigencia de igual capacidad jurídica, ni siquiera como excepción a la regla general del apoyo; excepción que

⁵⁰⁸ Ídem, p.17.

⁵⁰⁹ Ídem.

⁵¹⁰ Ídem, p.16.

entraría en juego, como algunos reclaman, en relación con las discapacidades más severas⁵¹¹.

Por lo dicho anteriormente, es que tal vez, el modelo no se vea plasmado íntegramente en relación a este punto, ya que el mismo establece una *excepción* en cuanto a la aplicación del nuevo procedimiento, advirtiendo que este no podrá solventar todos los casos que se pudieran presentar. Ello no supone “negar la evidencia de que en algunas situaciones –por ejemplo, en aquellas circunstancias en las que no es posible por ningún medio conocer la voluntad de la persona– la necesidad de apoyo será tan intensa que consistirá en la práctica en una “acción de sustitución”⁵¹². En todo caso, la acción de sustitución, cuya pertinencia deberá ser evaluada en cada caso, se llevaría a cabo en función de la concurrencia de una situación determinada y no en razón de discapacidad y, en consecuencia, podría tener cabida en situaciones que no son de discapacidad. Además, esta acción de sustitución deberá realizarse desde el paradigma del procedimiento de apoyo y, por tanto, tendrá que ser coherente con la narrativa y la historia de vida de la persona con discapacidad, con sus preferencias, valores, deseos etc. ser tomada, como antes se señaló, para ella y no por ella⁵¹³.

Esta advertencia del modelo, en principio no tendría presencia en ningún artículo de la convención, y menos en el art.12, ya que, según la propia filosofía de la convención, el “modelo de apoyo” del numeral 3, podrán solventarse todos los casos, incluidos los más severos. Sin embargo, en el numeral 4, del art.12 tal vez podamos encontrar algún resquicio, en donde la “advertencia” del modelo se pueda ver plasmada, sobre todo cuando este numeral nos habla de “salvaguardas”, por ello debemos preguntarnos, ¿a qué se está refiriendo?⁵¹⁴

Surgen así, algunas interpretaciones respecto de esta noción, ya que puede ser considerada como la posibilidad de permanencia del modelo de sustitución de manera excepcional. Podemos decir que, algunos planteamientos las conciben como medidas para el ejercicio de la capacidad jurídica, diferentes y más fuertes que los apoyos, lo que podría abrir una puerta de entrada al modelo de sustitución, tal y como se manejó en versiones

⁵¹¹ Ídem.

⁵¹² Ídem.

⁵¹³ Ídem, p.17.

⁵¹⁴ Ídem, p. 24.

anteriores de esta disposición⁵¹⁵. Si seguimos esta interpretación (la menos aceptada), podríamos decir que el planteo del modelo, se encuentra presente en el art.12.4, ya que, cuando se habla de “salvaguarda” se hace pensando en la posibilidad de que la voluntad de una persona pueda ser sustituida por la de un tercero, en casos excepcionales.

Otra interpretación (la más aceptada), y al tenor de la redacción final del art. 12 y de acuerdo con el espíritu general de la Convención, entiende que las “salvaguardas” se proyectan sobre los mecanismos de apoyo, orientándose a evitar los abusos. Las salvaguardas no deben ser contempladas como elementos orientados a regularizar y a racionalizar acciones de sustitución, sino que su papel es, precisamente, evitar que los mecanismos de apoyo se conviertan en mecanismos de sustitución. Aunque las salvaguardas “deberán concretarse en la implementación del sistema de apoyos, la Convención identifica “una serie de ámbitos donde apuntar” que respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas; que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida; que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona; que se apliquen en el plazo más corto posible que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial; que sean proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”⁵¹⁶.

La referencia al respeto a la voluntad y las preferencias de la persona ostenta una importancia esencial, pues supone situar en el centro del sistema la autonomía de la persona substituyendo el criterio del “mejor interés” orientado a la protección de la persona. Así, en el funcionamiento general u ordinario de las medidas de apoyo esta voluntad y preferencias siempre deben ser respetadas⁵¹⁷. En los casos excepcionales de apoyos intensos que puedan llegar a implicar decisiones substitutivas, los apoyos deberán consistir en “reconstruir” la voluntad y las preferencias de la persona⁵¹⁸.

En todo caso, se podría pensar que ya que pueden existir diferentes niveles de apoyo, también la intensidad de las salvaguardas puede variar según los casos. Según esto, las autoridades judiciales deben tener un papel central como garantes del buen funcionamiento general del sistema de apoyos y se deben establecer controles periódicos en

⁵¹⁵ Ídem, p. 20.

⁵¹⁶ Ídem, p. 19.

⁵¹⁷ Ídem, p.20

⁵¹⁸ Ídem.

relación con las medidas de apoyo “formalizadas”⁵¹⁹. Ahora bien, en los supuestos de medidas de apoyo más intensas o en relación con actuaciones especialmente relevantes los mecanismos de control deberían ser también más intensos e importantes y la intervención de estas autoridades debería ser preceptiva⁵²⁰.

La previsión del mismo numeral, acerca de que las “medidas se apliquen en el *menor tiempo posible* – que es más acorde con el modelo de sustitución y que es un “resto” de las versiones anteriores del artículo que daban cabida a este modelo de sustitución en determinadas circunstancias – podría entenderse referida a las medidas de apoyo adoptadas en situaciones de emergencia excepcionales (situaciones en las que, conviene tener presente, pueden encontrarse no sólo las personas con discapacidad)”⁵²¹.

Al respecto podemos señalar la existencia de una incongruencia en el mismo párrafo, al establecer que las salvaguardas para el ejercicio de la capacidad jurídica deben ser aplicadas en el *plazo más corto posible*. La restricción en el tiempo resultaría apropiada para el modelo de sustitución de la voluntad, ya que si se restringen o anulan derechos de las personas resulta lógico prever que dicha restricción o anulación sea la menor en el tiempo. Pero si de lo que se trata es de *salvaguardas* dentro de un sistema de asistencia en la toma de decisiones, dichas medidas deberían estar previstas para extenderse en el tiempo de la misma forma que se extienden otras medidas de asistencia, esto es, mientras hagan falta⁵²².

Podemos deducir de la propia redacción del numeral 4, que estamos en presencia de un *modelo de sustitución encubierto*, y suponiendo que fuera así, entonces el elemento de la *excepción* como nos advierte el modelo, también estaría reflejado en el art.12, al tenor del numeral 4. No queda claro hasta ahora que es lo que podemos interpretar por “salvaguardas”, lo que sí es relativamente seguro es que este numeral se pueda interpretar y seguir la línea que se piense más adecuada, en relación con el modelo de apoyo.

Por tanto, dependiendo de la interpretación que se le dé a este numeral 4, veremos plasmado o no, el planteo del modelo en relación con la *excepción* en el nuevo procedimiento. En este sentido diríamos que el modelo promotor se identificaría con la interpretación “menos aceptada” en relación con el numeral 4 del art.12.

⁵¹⁹ Ídem.

⁵²⁰ Ídem.

⁵²¹ Ídem.

⁵²² *Comments, proposals and amendments submitted electronically, cit. (Séptima Sesión), Intervención del International Disability Caucus*

3.2. La presencia del principio de igualdad y no discriminación en el art. 12 y en otros artículos de la CDPD.

Ya hemos dicho que el modelo promotor *no integra límites*, como fundamento de su construcción, abogando por la no restricción de los derechos (capacidad) en razón de discapacidad, respetando uno de los principios que lo sustentan, que son *la igualdad y no discriminación*.

Esta herramienta clave del modelo, es un principio transversal para la CDPD, y en concordancia con esta premisa, podemos decir que, el objeto de la CDPD, no fue crear nuevos derechos, sino asegurar el uso del principio de *no discriminación* en cada uno de los derechos que la misma recoge, para que puedan ser ejercidos en igualdad de oportunidades por las personas con discapacidad, si bien la discriminación es un principio vital en la convención, interactúa con cada uno de los derechos sustantivos que el instrumento regula.

Por cuestiones metodológicas delimitaremos la presencia de este principio en los artículos que son de interés para nuestro estudio.

Diremos que esta plasmación, es transversal prácticamente a todo el art.12, cuya finalidad es precisamente promover un tratamiento de igualdad en cuanto a la capacidad jurídica, y no discriminación por motivo de discapacidad. Por tanto, estos principios se combinan para fortalecer el objetivo de la inclusión de las personas con discapacidad en todos los aspectos de la vida, a través del libre ejercicio de los derechos. Es así como en su inc.1 se hace un reconocimiento de la personalidad jurídica a las personas con discapacidad, colocándolas a estas en un plano de igualdad ante la ley, algo que parecería incuestionable, ya que es inherente a todo ser humano, sin embargo se ha tenido que subrayar este atributo, por la vulneración permanente que han sufrido en sus derechos considerándolos como objeto, más que sujetos de derecho.

El inc.2, establece el reconocimiento de la *igualdad* en capacidad (incluyendo a las personas con discapacidad), en todos los aspectos de la vida. Se proporcionan los mecanismos de apoyo suficientes para que puedan ejercer su capacidad jurídica, así lo ha señalado el inc.3, mediante el nuevo procedimiento, *no se discrimina* en razón de discapacidad, sino que se potencia la capacidad, para que pueda ser ejercida sin limitación alguna.

Este elemento del modelo también lo vemos en el art.5, donde se trata específicamente este principio-valor. La normativa señala que la capacidad jurídica no puede ser cuestionada por razón de discapacidad. En este punto es importante tener en cuenta, que entiende la convención por “discriminación por motivo de discapacidad”⁵²³, *“cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo”*. Esto incluye todas las formas de discriminación (directa o indirecta). Este rasgo es muy importante, ya que comprende la *discriminación* no solo a la persona con discapacidad, sino “por motivo de discapacidad”. Por ende siguiendo G. Quinn, podrá sostenerse que dicha formulación pone el acento en el fenómeno de la discriminación más que en las peculiaridades de la misma persona⁵²⁴.

Entonces podemos decir que el modelo adopta el principio de *igualdad y no discriminación*, como una herramienta de cambio en la sociedad contemporánea, que garantice la plena inclusión de este colectivo, en todos los aspectos de la vida. Ello ha generado una “mirada diferente hacia las personas con discapacidad, centrada en primer término en su condición de ser humano en igualdad de derechos y dignidad que los demás y en segundo lugar en una condición y que requiere en determinadas circunstancias de medidas específicas para garantizar el goce y ejercicio de los derechos en igualdad de condiciones que el resto de personas”⁵²⁵.

Estas garantías y medidas a las cuales hace hincapié el nuevo paradigma de capacidad, subyacen en el art.5.2 al señalar que los estados parte, *“garantizarán a todas las personas con discapacidad la protección legal, igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo”*. Y en su numeral 3, señala que, *“a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los estados partes adoptarán todas las medidas*

⁵²³ Capacidad jurídica y discapacidad propuesta para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico Español al Art.12 de la CDPD. Informe elaborado dentro del Programa *El Tiempo de los derechos*, ob. cit. p.12.

⁵²⁴ Quinn, G., *the Human Rights of person whit disabilities treaty. A blueprint for disability Authority Research and reform*, Conferencia pronunciada en Dublin, National Disability Authority, Annual Research Conference, el 16 /11/06.

⁵²⁵ Palacios, A., *La ley 39/2006 a la luz del modelo social y de la convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad*, en, Barranco, M.C., *Situaciones de dependencia, discapacidad y derechos*, Ed. Dikynson, Madrid, 2010, p. 20.

pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables". Lo que se pretende en la práctica, es que a través de estos mecanismos, se facilite el acceso de las personas con discapacidad a todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones.

Entonces, ¿Cómo podemos lograr esta igualdad de condiciones? Según el modelo, potenciando la capacidad, y adecuando los mecanismos necesarios para permitir el ejercicio de los derechos. Para el modelo las personas con discapacidad, no tienen disminuida la capacidad, si no que hay diferentes modalidades de ejercer los derechos. Por tanto habrá que "diseñar trajes a la medida", y adaptarlos a la situación de la persona.

Para ello debemos reconocer la existencia de distintas modalidades de expresión de la voluntad, que hasta ahora no habían sido reconocidas en el proceso de toma de decisiones. El "problema" estaba centrado en la persona, y ella era la responsable de "normalizar" su situación, para luego ser *integrado* en la sociedad. Pues bien desde esta nueva perspectiva, transfiere dicha responsabilidad, a la sociedad, ya que es ella, la que tiene que realizar las adecuaciones necesarias para comprender estas distintas formas de manifestación, respetando la diversidad de sentir y comunicar (diversidad del lenguaje). Dicha situación – que es más cuestión ideológica o filosofía, que biológica- "requiere la introducción de cambios sociales, lo que en el ámbito de la política constituye una cuestión de derechos humanos, situando a las personas en el centro de todas las decisiones que le afecten, y centrando el problema en la sociedad"⁵²⁶.

Este planteamiento del modelo, de apertura y reconocimiento a las distintas formas de sentir y comunicar, tiene presencia en algunos artículos de la convención que garantizan la promoción de la diversidad del *lenguaje* en distintos ámbitos de la vida, y que se traducen en las distintas formas de participación social. La aceptación y reconocimiento de la *diversidad del lenguaje*, tiene relación directa con el sistema de apoyo, en su versión más específica, (ajustes razonables). El reconocimiento de esta diversidad en la comunicación ya no convencional, se encuentra regulada en la en Art. 2 párrafo primero de la CDPD, y establece de manera clara e inequívoca, los diferentes medios de comunicación que deberán ser incluidos por los Estados partes, que también deberán ser considerados como una nueva "formula" de manifestación de la voluntad.

Es así como, el art. 21, nos dice que "*los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para que las personas con discapacidad puedan ejercer el derecho a*

⁵²⁶ Ídem, p. 21.

la libertad de expresión y opinión, incluida la libertad de recabar, recibir y facilitar información e ideas en igualdad de condiciones con las demás y mediante cualquier forma de comunicación que elijan con arreglo a la definición del artículo 2 de la presente Convención, entre ellas:... ” y en sus letras a), b), c), y d), se especifica en qué consisten estas medidas, y las adecuaciones que deberán de realizarse para entender los distintos “lenguajes” que allí se indican, de esta manera la sociedad estará siendo participe de este proceso de inclusión, cumpliendo así, con uno de los objetivos del modelo y de la convención.

Esta idea promovida por el modelo, también la podemos ver plasmada en el art. 24, que en su numeral segundo, letra a) señala que *los estados partes garantizarán de que los niños y niñas con discapacidad no queden excluidos del proceso educativo, ni de la enseñanza primaria obligatoria gratuita ni secundaria.* Esta garantía está precedida por adaptaciones más específicas, que son necesarias para el cumplimiento de dicho objetivo, y estas se encuentran señaladas en la letra: c) *Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales,* y d) *Se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva.* Y por último en su numeral tercero letras: a), b), c), que en resumen vienen a subraya la idea de, *facilitar el aprendizaje de sistema Braille, escrituras alternativas, y otros medios o formatos de comunicación, a fin de propiciar su participación plena en igualdad de condiciones en la educación y como miembro de la comunidad.* Estas medidas aplicadas sobre el entorno permitirán alcanzar su máximo desarrollo en el plano educativo y social.

Estos *apoyos específicos*, también lo vemos irradiado en el art.29, referido a la participación en la vida política, en donde se garantiza la *“plena participación en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás...”* tanto en su dimensión activa como pasiva, esto se traduce en el derecho de las personas con discapacidad a elegir y ser elegidas, esta participación se consolida a través de la letra a, i) al decirnos que, *“La garantía de que los procedimientos, instalaciones y materiales electorales sean adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar;...”* Esto quiere decir que al igual que en el ámbito educativo, aquí también deben de realizarse los debidos *ajustes razonables y mecanismos de apoyo* adecuados para el ejercicio de los derechos.

3.3. Principio de vida independiente

El modelo plantea una filosofía de “vida independiente que pretende cambiar la perspectiva que la sociedad tiene respecto de las personas con discapacidad y, en especial sobre las que requieren la asistencia de otras personas para el desarrollo de sus actividades de la vida diaria. Para ello se destaca la necesidad de contar con las condiciones necesarias a fin de que las personas con discapacidad sean capaces de dirigir sus propias vidas y poder vivir una vida en sociedad”⁵²⁷. Este acercamiento inclusivo es central para la filosofía de vida independiente.

Este planteo, lo podemos ver plasmado en el art. 19, que habla específicamente de este principio como un derecho, cuyo encabezado así lo refleja, como el *derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad*, de la misma manera, el resto de las disposiciones contenidas en dicha normativa. Así, “en virtud de estos preceptos, deben establecerse los apoyos necesarios para que las personas con discapacidad puedan decidir acerca de su modo de vida. Igualmente, la interpretación sistemática de este artículo exige, en el caso de aquellas personas cuyas relaciones familiares y de amistad han sido separadas debido a una institucionalización, que se creen las condiciones necesarias en el espacio social para que se puedan conocer sus preferencias”⁵²⁸, podemos decir que de esta normativa se desprende un mandato de “desinstitucionalización”, atendiendo a la situación que sufren las personas con discapacidad mental. Este derecho a *vivir en comunidad* implica que los estados deben adoptar las medidas apropiadas que permitan que las personas con discapacidad puedan desarrollarse de forma independiente y así poder participar plenamente de todas las facetas de la vida⁵²⁹.

Este artículo no puede analizarse de manera independiente sin relacionarlo con otros artículos de la misma Convención. Diremos que la *accesibilidad* es un elemento esencial para dar cumplimiento a dicho fin, por tanto, existirá una conexión con el art.9, que nos

⁵²⁷ Palacios, A., *La ley 39/2006 a la luz del modelo social y de la convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad*, en, Barranco, M.C., Situaciones de dependencia, discapacidad y derechos, Ed. Dikynson, Madrid, 2010, p. 26.

⁵²⁸ Capacidad jurídica y discapacidad propuesta para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico Español al Art.12 de la CDPD. Informe elaborado dentro del Programa *El Tiempo de los derechos*, ob,cit.,p.28.

⁵²⁹ Tercera sesión del Comité de la CDPD, realizada entre el 22 y 26 de febrero de 2010.

dice, que “*a fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, lo Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones...*”. Se desprende de la normativa, la plasmación del modelo social en la convención, al tener como objetivo el “derribar” las barreras del entorno para que las personas con discapacidad puedan acceder en igualdad de condiciones a todos los ámbitos de la vida social.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Como se ha podido apreciar en el desarrollo del capítulo bajo análisis, la CDPD ha logrado incorporar en el lenguaje del Art.12 “una formulación ambiciosa y vanguardista que intenta reflejar necesidades de cambio manifestada directamente por las propias personas con discapacidad de la legislación vigente en relación con el ejercicio de la capacidad jurídica”⁵³⁰. De la misma manera el modelo promotor ha construido un nuevo concepto de capacidad, de carácter más inclusivo, ampliando la posibilidad de ejercicio de los derechos de “todas” las personas. Teniendo como premisa la igualdad en el ámbito de la capacidad.

Podríamos decir que nos encontramos en un momento trascendental en la cual la comunidad internacional deberá decidir el rumbo a seguir. Como ya hemos visto, el modelo “parece permitir tanto la vía del reconocimiento absoluto del ejercicio de la capacidad jurídica por parte de todas las personas con discapacidad, lo que a su vez supone la aplicación del sistema de apoyo, como única herramienta válida a intervenir en la toma de decisiones de personas que lo necesiten, como norma general del ejercicio de la capacidad jurídica por parte de todas la personas con discapacidad, pero con un espacio para excepciones justificadas, lo que supone la incorporación del sistema de apoyo en la toma de decisiones como regla general, pero no necesariamente la eliminación del sistema de sustitución (adecuándose al nuevo procedimiento) para utilizarlo en casos puntuales y

⁵³⁰ Bariffi, F, *Capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, en *Hacia un derecho de la discapacidad*, Cayo, L. , (director), y Sastre, A,(ediciones) Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo , ob. cit. p 387,

debidamente justificados⁵³¹. Agregando, que estos casos pueden ser aplicados no solo a las personas con discapacidad.

Si aceptamos como punto de partida estos criterios más inclusivos de la capacidad jurídica, será importante aplicar un enfoque sistemático de los ‘apoyos’ para ejercer la capacidad jurídica según se establece en el artículo 12.3. Esto es algo necesario debido a la desventaja histórica y que durante mucho tiempo han enfrentado las personas con discapacidad para que se les reconozca, proteja y promueva su derecho a la capacidad jurídica.

Esta reflexión sugiere lineamientos generales de acción para modificar las leyes nacionales para la aplicación plena de la convención, según las propuestas realizadas por el modelo promotor, estas son las siguientes:

(i) Promover y priorizar el principio de autonomía en la toma de decisiones

Para poder tomar sus propias decisiones, las personas con discapacidad necesitan formación, apoyo y práctica. También “es necesario que las familias, los profesionales y las personas de su entorno reconozcan la capacidad de éstos a decidir por ellos mismos. Estos son los objetivos del movimiento de auto gestores. Este movimiento puede servir de apoyo a las personas con discapacidad intelectual”⁵³². Se trata, en este sentido, de poner a disposición los sujetos que se encuentran en determinadas situaciones los medios o instrumentos necesarios –en este caso la asistencia de un tercero– para poder desarrollar libremente su poder de elección autónoma⁵³³

Así mismo el modelo promotor “exige una reestructuración fundamental de la relación histórica entre la protección estatal y el derecho a la autonomía, la cual ha desfavorecido sistemáticamente a las personas con discapacidad. Para lograr esta reestructuración, los Estados y la sociedad civil deben actuar en base a una definición y a criterios más inclusivos sobre la personería plena y la capacidad jurídica, las medidas de apoyo adecuadas y el derecho a que se efectúen ajustes razonables”⁵³⁴. Cuando estas

⁵³¹ Ídem.

⁵³² Bach, M., *Hacia un derecho de la discapacidad*, ob. cit. p. 15

⁵³³ De Asís, R y Barranco, M.C, *El derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, en Barranco, M.C, (coord.), *Situaciones de dependencia, discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid, en prensa, la autonomía estaría integrada por dos grandes bloques de exigencias o contenidos: un contenido de no intervención o invasión y un contenido de promoción

⁵³⁴ Bach, M., *El derecho a la capacidad jurídica bajo la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Conceptos fundamentales y guía para reformar las leyes*, op. cit. p. 13-14

condiciones se satisfagan suficientemente, podremos modificar fundamentalmente la base para reconocer, promover y proteger el derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad, sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. Este es el objetivo al que deben aspirar nuestros esfuerzos para reformar las leyes y es lo que se propone desde modelo⁵³⁵.

(ii) Reemplazar el procedimiento de incapacitación por el procedimiento de “apoyo” en la toma de decisiones.

Resulta fundamental examinar y reformar las disposiciones dentro de las leyes contractuales, y penales al igual que las que regulan la toma de decisiones en sustitución de una persona y otras normativas afines, con el propósito de eliminar cualquier umbral de la capacidad jurídica basada en categorías de discapacidad o el lenguaje estereotipador con base en ésta. Así, “cualquier criterio utilizado para reconocer la personería y la capacidad jurídica debe basarse en elementos inclusivos y neutrales en cuanto a las discapacidades. Cualquier determinación o evaluación en torno a la “incapacidad” debe desligarse definitivamente de las discapacidades o de las ‘causas’ relativas a éstas, y sólo una prueba funcional y específica para ciertas decisiones, sin referencia alguna a la condición o a los diagnósticos de discapacidad, se deba aplicar para evaluar una “disminución” de la capacidad o una condición de necesidad de protección”⁵³⁶. Estos últimos serán los casos excepcionales que advierte el modelo.

En la mayoría de los casos, “la incapacidad (revestida como imposibilidad), es fruto de la manera en la que hemos construido nuestro entorno, no sólo físico sino también intelectual. El sujeto capaz y con talento puede serlo porque ha tenido acceso a cosas a las que la persona con discapacidad no ha podido acceder desde el diseño de una sociedad anclada en unos referentes que nunca tuvieron en cuenta a estos colectivos y que cuando lo hizo fue considerándolos como sujetos no portadores del rasgo de la autonomía moral (cuando en realidad se trata de sujetos a los que se imposibilita el ejercicio de dicha autonomía)”⁵³⁷. En el derecho moderno ésta cada vez más extendida la idea según la cual deben de reconocerse a todo individuo la posibilidad de adoptar decisiones de naturaleza personal (por ejemplo el matrimonio), así como la posibilidad de ejercitar sus derechos

⁵³⁵ Ídem.

⁵³⁶ European Disability. Forum 10 years. Propuesta de posicionamiento del foro europeo de la discapacidad (EDF) elementos clave de un sistema de apoyo en la toma de decisiones. Artículo colgado en página. Web. www.astus.org. p2, Consultada, el 14/05/2011.

⁵³⁷ De asís, R., “Sobre la capacidad”, ob. cit. p.10.

fundamentales, en tanto que tenga suficiente entendimiento como para comprender el significado de la decisión adoptada. Se piensa así que las reglas fundamentales de la capacidad de obrar no son aplicables cuando se trata del ejercicio de los derechos fundamentales⁵³⁸. Por tano la incapacitación, aun siendo una medida dirigida a la protección de las personas que quedan sujetas a ella (habitualmente los discapacitados psíquicos) implica también una limitación a los derechos fundamentales. Y es que la prohibición de la sustitución en los ámbitos vinculados a los derechos fundamentales, sin que se prevean otras medidas orientadas a superar los obstáculos que las personas pueden encontrar para el ejercicio de su llamada “capacidad natural”, puede redundar en su exclusión total de unas esferas de actuación consideradas esenciales⁵³⁹.

(iii) Construcción de estructuras legislativas para la toma de decisiones con apoyo.

Los gobiernos tienen la obligación de reemplazar las leyes y las políticas existentes relativas a la toma de decisiones sustitutiva por mecanismos para la toma de decisiones con apoyo que la legislación debe reconocer como un derecho de la persona con discapacidad, y contar con las políticas y los programas correspondientes para la implementación efectiva de un sistema de toma de decisiones con apoyo⁵⁴⁰.

Tienen también, “la obligación de desarrollar, financiar, promover y ofrecer servicios de apoyo y de establecer salvaguardias a fin de asegurar un apoyo de alta calidad y de conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos, tales como el

⁵³⁸ El código civil suizo (art.19) consagra expresamente la regla en virtud de la cual las personas que carecen de plena capacidad de obrar, en concreto los menores y los incapacitados, pueden ejercitar pos si solos los derechos de la personalidad si tienen suficiente capacidad de discernimiento). En Italia, la mayoría de los autores estiman en la actualidad que en relación con las “situaciones existenciales” y en relación con los derechos fundamentales no pueden reproducirse la dicotomía entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. Esta distinción no tiene razón de ser en materia de derechos fundamentales porque no permitir a un individuo el ejercicio de tales derechos supone impedir injustificadamente a un sujeto la posibilidad de desarrollar su personalidad. por todos, CENDON, le persone, t.I, Torino, 2000, p.241.

⁵³⁹ A este problema alude C. Pérez De Ontiveros en su trabajo “La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar”, Derecho privado y Constitución, núm. 23, 2009, pp. 335-368, p. 364. La autora considera que las medidas sustitutivas –que, a su juicio, no están totalmente excluidas por la CIDPD– no deben incidir en las cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales cuando las personas a ellas sometidas tengan suficiente capacidad natural, pero no deja de apuntar que la Convención obliga a “reflexionar acerca del establecimiento de mecanismos más flexibles de actuación que potenciaran la posible capacidad residual de la persona incapacitada”.

⁵⁴⁰ Principios para la implementación del Art. 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CPDP). Texto propuesto, por la Red iberoamericana de expertos en la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. en la reunión realizada, en la universidad Carlos III de Madrid, noviembre de 2011.

respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, ausencia de conflictos de interés e influencia indebida, proporcionalidad y adaptación a las circunstancias de las persona”⁵⁴¹.

El apoyo nunca debe restringir los derechos de las persona, ni coaccionar a la persona para que actúe de determinada manera, “no debe afectar la capacidad de obrar, ninguna persona puede ser obligada aceptar apoyo en contra de su voluntad”⁵⁴².

Deben promoverse e impulsarse distintos tipos de apoyo que satisfagan la amplia gama de necesidades de las personas con discapacidad y que les permitan escoger por sí misma entre diferentes opciones, de esta manera estaremos respetando justamente esa diversidad, es el desafío que nos propone su composición. “Algunos de los tipos de apoyo son las redes de apoyo, los defensores personales, los servicios comunitarios, el apoyo de pares, la asistencia personal y los medios para la previsión de apoyos que pueden ser necesarios para el futuro”⁵⁴³. Deben tenerse en cuenta la edad, el género, la cultura y las creencias religiosas de las personas con diferentes tipos de diversidad, entre los factores similares, así como también las necesidades y la voluntad que expresen estas personas por algún medio en todo momento.

No debe permitirse la toma de decisiones o la adopción de medidas en las cuales entren en juego valores sumamente personales que pueden afectar la integridad física o mental de una persona, tales como la esterilización, los implantes cocleares, el tratamientos con fármacos neurolépticos, la terapia de electro convulsión (electroshock) etc, sin el consentimiento informado y expreso de la persona en cuestión.

Es posible que sea necesario adoptar medidas previsionales cuando resulte difícil determinar cuáles son los deseos de una persona que necesita apoyo, o cuando el apoyo no funciona a pesar de haberse intentado al máximo posible. En esos casos, “deberán existir personas debidamente capacitadas encargadas de dar apoyo requerido, que pueden comunicarse de forma adecuada con las personas con discapacidad y cumplan con el deber de respetar su autonomía”⁵⁴⁴. Como consecuencia de ello, es que los gobiernos deberán promover la expresión anticipada de la voluntad de las personas sobre el apoyo que consideren necesario en el futuro. Una persona puede acordar con el/la encargado/a de

⁵⁴¹ Ídem

⁵⁴² Ídem.

⁵⁴³ Ídem.

⁵⁴⁴ Ídem.

brindarle apoyo que tome determinado tipo de decisiones, en caso de que en algún momento no sea posible determinar cuáles son sus deseos. Esto no significa que la persona pierda su derecho a tomar decisiones. El o la encargada de proporcionar el apoyo tiene la obligación de constituir una comunicación y cumplir con los deseos de la persona, al máximo de sus posibilidades. Pero, “si la persona no otorga autorización alguna o no se logra la comunicación a pesar de que se intentó todo lo posible, las y los encargados capacitados para dar apoyo deberán seguir intentando comunicarse y tomar una decisión que no restrinja las posibilidades de revisión posterior”⁵⁴⁵.

Todo sistema de apoyo en la toma de decisiones debe dar respuesta a las necesidades individuales de las personas con discapacidad. De este modo, “la persona de apoyo debe ser elegida por la persona con discapacidad. Evidentemente supone una gran ventaja el hecho de que ambas se conozcan desde hace tiempo”⁵⁴⁶. Puede existir la posibilidad de que se asigne más de una persona de apoyo, esto es de especial importancia para aquellas personas con discapacidad intelectual severa, ya que un grupo de personas de apoyo que conozcan a la persona con discapacidad en contextos diferentes podrá responder mejor a las necesidades de esa persona. También es importante asignar un estatus legal a estas personas de apoyo, de manera que puedan estar oficialmente autorizadas a acompañar a una persona en concreto y así legitimar sus actos.

Habrán casos en que las personas con discapacidad tomaran decisiones que las personas de apoyo percibirán que van en contra de su propio interés, por ejemplo, “los casos en que se da dinero a favor de otras personas u organizaciones (donaciones), la compra de bienes que la persona no puede costear, o la anulación de un contrato de trabajo”. Se debe proteger a las personas con discapacidad frente al abuso y/o los daños personales, respetando en todo caso el derecho que tienen de tomar decisiones y considerando la posibilidad que tiene toda persona de cometer errores. Es así como, desde el Foro Europeo de la Discapacidad se pide que “los Estados partes (a) obliguen a las personas de apoyo a que demuestren que han informado a la persona con discapacidad, por todos los medios posibles, de las consecuencias de una decisión importante (b) Creen un mecanismo que prevenga de los abusos, incluyendo la posibilidad de anular un contrato en

⁵⁴⁵ Ídem.

⁵⁴⁶ European Disability. Forum 10 years. Propuesta de posicionamiento del foro europeo de la discapacidad (EDF) elementos clave de un sistema de apoyo en la toma de decisiones, o.p. cit. p. 5 y 6. Web. www.astus.org. Consultada el 14/05/2011.

el que la persona es víctima de abusos, y permitan la puesta en práctica de procedimientos administrativos accesibles en caso de conflicto (por ejemplo la mediación), así como la implementación de un sistema de control sobre las personas de apoyo (c) Resuelvan la cuestión de la responsabilidad y de la fiabilidad de la persona de apoyo⁵⁴⁷.

Según lo analizado podemos decir que a través del modelo, puede ser interpretado el art.12 de la CDPD, prácticamente en su totalidad, quizás con algún matiz en lo referido a las situaciones de excepción. Sin embargo en cuanto a los principios que manejan ambos paradigmas hay una coincidencia, y como consecuencia de ello, la propuesta es similar, y no es otra de que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos por ellas mismas, y así, lograr la plena inclusión en todos los ámbitos de la vida social. Ambos paradigmas de capacidad, sostienen la misma premisa, que es la igualdad en capacidad de “todas” las personas, estableciendo un procedimiento de “apoyo” que consolide esta premisa. Se busca potenciar la autonomía desde una visión más amplia y menos restringida, dejando atrás el modelo paternalista (visión técnica-civilista) coincidiendo con una mirada de los derechos. Esta nueva visión permitirá, el pleno desarrollo de la personalidad, respetando la dignidad de todos, con independencia de su rol social. Por tal motivo toda restricción de las posibilidades de actuación de un individuo afecta directamente este derecho de la autodeterminación y, en general, implica una restricción de sus derechos fundamentales. Por tanto el nuevo escenario que se presenta en relación a la capacidad, tiene que ver con el contexto de la sociedad en que vivimos, y hoy es el tiempo de los derechos, filosofía que se viene proyectando hace ya algunos años en el ámbito del derecho internacional, y es momento de trasladar esta visión, a los ordenamientos internos, para que hagan efectivo en la práctica el nuevo paradigma de capacidad que venimos sosteniendo.

⁵⁴⁷ Ídem.

SEGUNDA PARTE
EL TRATAMIENTO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA EN:
ESPAÑA, ARGENTINA Y CHILE.

INTRODUCCIÓN

Hemos visto que el modo de concebir la discapacidad ha determinado la respuesta que la sociedad ha ofrecido a la misma y por tanto, la forma en que el derecho la ha regulado. La normativa adoptada por las principales organizaciones internacionales con competencias al respecto ha influenciado, y estimulado, las actuaciones de los estados en materia de discapacidad⁵⁴⁸.

Con la aprobación de la convención en Naciones Unidas y posterior ratificación de los estados parte, se nos avecina un nuevo orden en relación a los derechos de las personas con discapacidad. Este proceso consta de trámites previos que son llevados a cabo por los estados signatarios, para que este instrumento internacional pase a formar parte del ordenamiento interno. Así queda de manifiesto en el art.42, del instrumento internacional que, indica que el tratado y su protocolo facultativo estarían abiertos a la firma a partir de marzo de 2007. Se ha de subrayar aquí, que la firma constituye un requisito imprescindible para iniciar el proceso de ratificación, e implica que el estado signatario estaría obligado a no hacer nada que contraviniera lo dispuesto en la convención.

Ahora bien, según el artículo 45, la entrada en vigor de la convención tendría lugar el trigésimo día a partir de la fecha en que hubiese sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o adhesión. Las sucesivas ratificaciones de los Estados hicieron posible que la convención entrara en vigor el 3 de mayo de 2008. A su vez, el protocolo facultativo requería 10 ratificaciones para su entrada en vigor, número que se alcanzó el 8 de febrero de 2008. Habrá que señalar, que la ratificación del protocolo facultativo ha suscitado mayores resistencias, pues posibilita a que el Estado parte pueda ser acusado ante el órgano de vigilancia por las violaciones a los derechos de las personas con discapacidad.

Como lo hemos venido señalando, la CDPD, propone un cambio de paradigma, desde una visión de los derechos, siendo el modelo social uno de los referentes de dicho cambio. Este nuevo planteamiento que propone la convención, ha “desencadenando

⁵⁴⁸ Biel, I., *Regulación jurídica de la discapacidad: la perspectiva de los derechos humano. En la perspectiva de los derechos humanos de la discapacidad*. Blázquez, M, D., y Biel, I., (editores). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 47.

cambios profundos en los planos filosóficos, políticos, legislativos, y hasta en el de las mentalidades, pues nos remite a una nueva concepción de discapacidad”⁵⁴⁹.

Debemos insistir en que la convención, no es “una etapa más en el proceso de garantía de la justicia y los derechos de las personas con discapacidad, sino la primera respuesta normativa en clave de derechos de carácter integral, universal, jurídicamente vinculante y aplicable. Se abandona la consideración de la persona con discapacidad como objeto de políticas asistenciales o programas de beneficencia o caridad, y se reconoce su personalidad y capacidad jurídica, o sea su condición de sujeto de derecho”⁵⁵⁰ (arts.1, 3 y especialmente el art.12.), con atención a todas las etapas y esferas de la vida.

Este giro en el modelo, hacia la configuración de la discapacidad como una *cuestión* de derechos humanos, tendrá que plasmarse paulatinamente en la normativa jurídica interna, advirtiéndose que “la CDPD supone tal carga de profundidad para la visión más tradicional de lo que venía siendo la discapacidad, que pareciera que aún no somos conscientes de la dimensión y alcance de esta transformación, y de lo que lleva consigo, en todas las esferas”⁵⁵¹. Efectivamente habrá que ir trabajando en todos los ámbitos, para allanar el camino de la plasmación, respetando fielmente el espíritu de la convención.

Debemos destacar que, si en algún ámbito estos giros adquieren el carácter de turbulencia, es en el Derecho privado, más en concreto, en lo referido a los derechos de la personalidad y de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Es así como, “el art. 12 de la convención supone una sacudida, que nos obliga a un replanteamiento de instituciones seculares, que la fuerza de la costumbre y esa adhesión tan humana a lo ya existente, hace que consideremos venerables y por tanto casi intangibles”⁵⁵².

La entrada en vigor de la CDPD supone entonces, un nuevo reto, en relación a la obligación de adaptar aquellos aspectos de los ordenamientos que no aseguran la correcta aplicación de la misma.

Para la eficacia de este nuevo planteamiento, resulta esencial insistir en que el art. 12 es un derecho sustantivo, pero además un principio transversal que confiere a las personas con discapacidad el poder de ejercer los demás derechos conforme a la propia

⁵⁴⁹ Arbide, A., *La capacidad jurídica y su revisión a la luz de la convención*. Una nueva visión desde el movimiento asociativo, en *Discapacidad derecho y políticas de inclusión*, Cayo Pérez, L., Ed. Cinca. Madrid, 2010, p.65

⁵⁵⁰ Biel, I., *Regulación jurídica de la discapacidad: la perspectiva de los derechos humano*, op.cit. p.37

⁵⁵¹ Arbide, A., *La capacidad jurídica y su revisión a la luz de la convención*, op. cit.p.65.

⁵⁵² Ídem, p.66.

voluntad, por lo que se conecta con todos los otros derechos de la convención. En este sentido, se ha subrayado la importancia, de que este derecho sea protegido de toda limitación o exclusión basada en la discapacidad, pues cualquier restricción de la capacidad jurídica por motivo de discapacidad supondrá además una discriminación en relación con el ejercicio del resto de los derechos⁵⁵³.

Esta idea se vigoriza con lo dispuesto en el art. 4 (obligaciones generales), en donde, los estados parte tienen el deber de derogar todas las normas y prácticas que discriminan a las personas con discapacidad en lo que respecta al ejercicio de la capacidad jurídica y de adoptar todas las medidas necesarias para lograr la igualdad en este terreno⁵⁵⁴. Si bien es cierto que la persona con discapacidad “carece de capacidad para desarrollar ciertas tareas, al mismo tiempo disfruta de un sinfín de aptitudes y facultades para desarrollar otras con competencia”⁵⁵⁵. Entonces ante una situación de discapacidad procederá como *premisa*, reconocer la capacidad de la persona con discapacidad como tal persona, lo que implica igualdad de derechos y un tratamiento jurídico semejante⁵⁵⁶.

Podemos decir, que el “derecho no fija la personalidad, sino que la hace posible. Establece las condiciones que permiten desarrollarla, en particular a partir del reconocimiento y respeto de la dignidad, proporcionando una libertad suficiente para todas las personas en condiciones básicas de igualdad. Es en este procedimiento, donde la dignidad actúa como principio fundamentador o informador, la igualdad como principio orientador y contextualizador y; la libertad como principio ejecutor o agente de la identidad-auxiliados por el principio de protección-, estimula la consecución de una vida autónoma sobre todo para la persona con discapacidad intelectual”⁵⁵⁷.

Estos nuevos modelos (capacidad y discapacidad) que subyacen en la CDPD, traen como consecuencia el replanteamiento de objetivos respecto a la situación de las personas con discapacidad, frente a los objetivos tradicionales de *normalización* e *integración*, los conceptos de *calidad de vida* e *inclusión* representan una extensión y una superación de dichos objetivos en el tratamiento de la discapacidad. Se conciben como un concepto global y multidimensional, con una alta influencia o sensibilidad social, que los han convertido en

⁵⁵³ Ídem, p.21

⁵⁵⁴ Ídem.

⁵⁵⁵ Ganzenmuller y Escudero, J.F., *Discapacidad y derecho*. Ed. Bosch, Barcelona, 2005, p.62.

⁵⁵⁶ Ídem.

⁵⁵⁷ Ídem, p.65.

la actualidad en guía de tratamiento de las personas con discapacidad⁵⁵⁸. Diremos que el discurso de la discapacidad es ya un discurso fuerte, sobre demandas éticamente justificadas y amparadas por el derecho.

Por tanto “podemos, hablar así de tres cambios fundamentales que sin duda, van a condicionar el tratamiento futuro de la discapacidad. Por un lado la consideración de que estamos en presencia de un discurso de los derechos; por otro la consideración de que su satisfacción requiere de habilitar, cambiar, y normalizar la sociedad; y por último, la consideración de que todas las personas tienen derecho a la autonomía y a la independencia, independientemente de que en ocasiones requieren de asistencia y apoyo”⁵⁵⁹. Hoy la discapacidad está plenamente integrada en la agenda de derechos humanos de todas aquellas organizaciones internacionales con competencias en la materia. Ya no se cuestiona que las violaciones de derechos que sufren las personas por razón de su discapacidad suponen una vulneración de sus derechos. Es precisamente este nuevo marco jurídico que implementa la CDPD, la norma que debería guiar las futuras legislaciones domesticas en relación con la materia⁵⁶⁰. La convención nos sitúa a todas las partes con interés, en una posición de obligada y esperemos que productiva audacia a la hora de afrontar las decisivas reformas que se avecinan⁵⁶¹.

A continuación veremos entonces, cómo se ha ido incorporando la CDPD, en los ordenamientos nacionales, y las posibles fricciones provocadas en su plasmación, específicamente lo referido al art.12. Para cumplir con este objetivo, en los siguientes capítulos, tomaremos como objeto de estudio tres ordenamientos jurídicos: español, argentino y chileno, en donde analizaremos: (i) el proceso de incorporación de la CDPD, que se ha dado en dichos ordenamientos (ii) el panorama general de los ordenamientos jurídicos internos en relación a la discapacidad, (iii) el impacto del art.12 en los ordenamientos jurídicos nacionales, a su vez, detectaremos la presencia o predominio de algún (os) de los modelos de capacidad construidos en el primer capítulo, en cada uno de los ordenamientos objeto de estudio.

⁵⁵⁸ Ídem.

⁵⁵⁹ De Asís, R., *La convención de la ONU como fuente de un nuevo derecho de la discapacidad*. En Cayo, L., (Director) y Miguel Carballeda (prologuista), *Hacia un derecho de la discapacidad*, Ed. Aranzadi, Thomson Reuter. Pamplona, 2009, p. 317.

⁵⁶⁰ Sobre la regulación jurídico-internacional de la discapacidad, puede verse Biel, I., *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2011.

⁵⁶¹ De Lorenzo R., *La recepción de la convención de la ONU, en el ordenamiento jurídico Español; ajustes necesarios*, en *Discapacidad, derecho y políticas de inclusión*, op,cit, p.55

III. ESTUDIO DEL TRATAMIENTO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO INTERNO: ESPAÑA.

1. PROCESO DE INCORPORACIÓN DE LA CDPD AL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO.

La Convención ha pasado a formar parte del derecho español como consecuencia de su ratificación conforme al procedimiento previsto en la constitución y tras su publicación en el BOE (boletín oficial del estado), ha comenzado a surtir plenos efectos como norma jurídica interna del día 3 de mayo del 2008 vinculando su mandato a los poderes públicos. Veremos cómo ha transcurrido este proceso, en virtud del cual, la CDPD, ha sido incorporada a la legislación española.

Dicha incorporación se encuentra regulada en la constitución, en cuyo interior se establecen los pasos que debe seguir todo instrumento internacional hasta formar parte de su ordenamiento. Primero que todo debemos advertir que los tratados internacionales cuentan con dos peculiaridades: la primera de ellas, viene dada por su carácter de fuente del derecho internacional y del derecho interno⁵⁶²; la segunda, por su carácter destructor del monopolio estatal como productor de las fuentes del derecho. Estas peculiaridades conducen a dos efectos jurídicos: por un lado, el cumplimiento de las obligaciones internacionales por el estado; y, por otro, la introducción de los tratados al derecho interno, con aceptación de los efectos derivados para los poderes públicos y los ciudadanos.

Es así como en el artículo 96.1 de la constitución española de 1978, dispone que los tratados internacionales válidamente celebrados por el reino de España, una vez publicados oficialmente pasan a formar parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional⁵⁶³.

⁵⁶² Vid. Sánchez Ferriz R., *El Estado constitucional y su sistema de fuentes*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 382

⁵⁶³ Informe Olivenza. Elaborado por el observatorio estatal de discapacidad (en adelante OED), es un informe bienal de la situación de discapacidad en España. Ed.OED, Olivenza, 2011, p.194. www.observatorio.es Consultada el 20/05/2013

Por otra parte, el artículo 10.2 de la Constitución española establece que las normas relativas a los “derechos fundamentales y a las libertades que la constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdo internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Se determina así, el doble efecto que los tratados internacionales pueden tener en el Derecho español: en primer lugar, el directamente aplicable, sobre la base del artículo 96.1 de la Constitución y, en segundo lugar, el efecto interpretativo, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 10.2 del texto constitucional”⁵⁶⁴.

Resulta necesario aclarar aquí que, la Constitución a través del artículo 10.2, no otorga rango constitucional a los derechos y libertades proclamados en los tratados internacionales en cuanto no estén también recogidos en nuestra constitución. Ha sido el tribunal constitucional (en adelante TC) el que ha delimitado el valor de esta estipulación. Así, la sentencia del, TC 36/1991, de 14 de febrero declaró que *“esta norma se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los convenios y tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte de alguna manera en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución”*⁵⁶⁵. Así, en palabras del Tribunal Constitucional *“aunque los textos y acuerdos internacionales del artículo 10.2 constituyen una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional, la interpretación a que alude el citado artículo 10.2 del texto constitucional no los convierte en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales, es decir, no los convierte en canon autónomo de constitucionalidad”*⁵⁶⁶.

Entonces, ¿cuál será la ubicación de los tratados en el ordenamiento interno una vez integrado en él?

⁵⁶⁴ Ídem.

⁵⁶⁵ www.tribunalconstitucional.es .Pagina consultada el 25/09/ 2012.

⁵⁶⁶ Ídem.

Hablamos de los tratados en general, “los tratados internacionales ocupan, en la jerarquía normativa, un lugar intermedio entre la constitución y las leyes, tal y como se deduce de los artículos 95 y 96 de la Constitución, pues, por una parte, la celebración de tratados internacionales que contengan estipulaciones contrarias a la constitución exigirá la previa revisión constitucional (artículo 95.1), y para salvaguardar la preeminencia de la constitución sobre los tratados se prevé expresamente (artículo 95.2) un control previo de constitucionalidad que puede ser requerido al tribunal constitucional tanto el gobierno como por cualquiera de las cámaras. Por otra parte, el artículo 96.1 establece que las disposiciones de los tratados internacionales válidamente celebrados sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”⁵⁶⁷.

De estos preceptos se deduce que una vez que un tratado internacional celebrado válidamente se ha incorporado al ordenamiento jurídico español, no se podrán desarrollar ni aplicar normas internas que conculquen los preceptos internacionales. En caso de conflicto entre la norma interna e internacional, resultaría *inaplicable* el precepto nacional⁵⁶⁸. Entonces diríamos que la CDPD, una vez integrada al ordenamiento interno adquiere un rango supra legal, por tanto, según lo visto, el estado español estaría obligado a modificar la normativa nacional, en caso de que estas entraran en contradicción con las normas del instrumento internacional.

Este compromiso adquirido por España, comenzó a gestarse, con la firma de la convención y su protocolo facultativo el mismo día en que quedaron abiertos a la firma, el 30 de marzo de 2007. Dado que “tanto la convención como su protocolo facultativo prevén que el consentimiento deberá manifestarse mediante la ratificación (artículo 43 de la convención y artículo 11 del protocolo), la firma no supone el consentimiento en obligarse, sino que expresa la voluntad de continuar el proceso de aprobación del tratado, y califica al estado signante para proceder a la ratificación, aceptación o aprobación. También crea la obligación de abstenerse, de buena fe, de actos contrarios al objeto y el fin del tratado (Artículos 10 y 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados de 1969)”⁵⁶⁹. Solamente con la firma no basta para que la convención y el protocolo

⁵⁶⁷ Informe Olivenza. Elaborado por el observatorio estatal de discapacidad (en adelante OED), es un informe bienal de la situación de discapacidad en España, ob. cit. p.195.

⁵⁶⁸ Ídem.

⁵⁶⁹ Ídem.

facultativo sean normativa interna, este proceso de incorporación precisa de otro trámite, es así como, “el artículo 94.1.e) de la constitución española, establece que la prestación del consentimiento del estado para obligarse por medio de tratados o convenios internacionales requerirá la previa autorización de las Cortes Generales cuando se trate de tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución. De acuerdo con el artículo 63.2, corresponde al rey manifestar el consentimiento del estado para obligarse internacionalmente por medio de tratados, de conformidad con la constitución y las leyes”⁵⁷⁰.

Es así como, “la autorización para ratificar la Convención y su Protocolo Facultativo, fue aprobada por el Congreso el 18 de octubre de 2007 y por el Senado el 6 de noviembre de 2007. Los instrumentos de ratificación, firmados por el Rey el 23 de noviembre de 2007, fueron depositados el 21 de abril de 2008. La publicación en el BOE del instrumento de ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se llevó a cabo el mismo día 21 de abril, y la del instrumento de ratificación del Protocolo Facultativo al día siguiente”⁵⁷¹.

Entonces, se puede afirmar que la CDPD, es derecho positivo y forma parte, a todos los efectos, del ordenamiento jurídico español desde su entrada en vigor el 3 de mayo de 2008, sin que necesite ninguna operación jurídica de transposición. Sus normas son directamente aplicables vinculantes e invocables (si que se pueden recurrir, o alegar) ante los tribunales de justicia⁵⁷².

No obstante, por razones de eficacia y seguridad jurídica de las normas “es necesario llevar a cabo un proceso de análisis, adaptación y revisión transversal de toda la legislación interna vigente, que ha de incluir la modificación y/o derogación de las normas de derecho interno que entren en contradicción con la convención. Este proceso es complejo, pues en el ordenamiento jurídico español existe una normativa muy variada y dispersa en materia de discapacidad”⁵⁷³.

Podríamos decir al respecto que “debido a la transformación y evolución del derecho interno en los últimos años, España se encuentra en una situación propicia para

⁵⁷⁰ Ídem.

⁵⁷¹ Ídem.

⁵⁷² Ídem.

⁵⁷³ Ídem.

llevar a cabo esta necesaria adaptación”⁵⁷⁴. Con esto no queremos decir que no existan incompatibilidades con la convención, y por el mismo hecho estas deberán ser revisadas a la brevedad.

Por tanto, no es fácil pronunciarse con absoluta precisión acerca del grado de correspondencia del derecho interno español con los valores, principios y mandatos de la convención. La dificultad procede de que “el ordenamiento español en materia de discapacidad es el resultado de una agregación sucesiva, o mejor dicho, de una acumulación, de disposiciones, de muy distinto origen temporal y de muy distinto propósito. No hay un sistema ni un plan ordenado, armónico y concorde. No disponemos de un sistema jurídico de la discapacidad, sino de una suma de normas, hijas de épocas, de concepciones y de modelos dispares y hasta, en ocasiones, contradictorios”⁵⁷⁵. Ello, frente a una convención que está construida sobre una base de armonía normativa, siendo un tratado amplio e integra, que pretende ser considerado un sistema en sí mismo. Comparar elementos tan disímiles y buscar determinar su grado genérico de correspondencia, entraña una dificultad elevada⁵⁷⁶.

Sin embargo habrá que hacer los esfuerzos suficientes para hacerse una idea de la intensidad y alcance del trabajo de adaptación que debemos llevar a cabo.

A modo de aproximación, en lo que se refiere a de esta labor de adaptación, “una primera afirmación que puede formularse, ya anticipada, es que las diferencias no pueden ser demasiadas, en tanto que la Convención forma parte del bloque amplio de derechos humanos del sistema de la ONU (el tratado no crea “derechos humanos nuevos”, ya se ha señalado), bloque que forma parte desde antiguo nuestro ordenamiento jurídico (artículo 10 de la Constitución Española). En gran medida, al haber incorporado a nuestro ordenamiento jurídico ese bloque de derechos humanos, del que emana y en el que se integra la convención, no hay motivos sólidos para que las discrepancias sean tan acusadas como podría temerse”⁵⁷⁷.

⁵⁷⁴ Ídem.

⁵⁷⁵ De Lorenzo, R., *Recepción de la Convención de la ONU en el ordenamiento jurídico español: ajustes necesarios*, en *Discapacidad, derecho, y políticas de inclusión*, Cayo Bueno, L., Ed. Cinca. Madrid. 2010, p.52 y 53.

⁵⁷⁶ Ídem.

⁵⁷⁷ Cayo, L., *La recepción de la convención de la ONU, en el ordenamiento jurídico español; ajustes necesarios*, en *Capacidad jurídica y discapacidad*, De Lorenzo R, Palomero B, Castro A, Martínez G, Cabra M.A, Soto José (director), cuaderno de trabajo nº 7/ España. Proyecto a cargo de FUTUEX, Madrid. 2009, p. 12 y 13.

De algún modo, los valores, principios, conceptos y obligaciones que lleva consigo la Convención, ya forman parte, a grandes rasgos, de nuestro ordenamiento jurídico; “sanciona desde su rango de tratado internacional algo que ya venía tratándose en España, proceso que aún no ha concluido y que la convención y su ratificación han de profundizar y acelerar, con carácter irreversible”⁵⁷⁸.

Por otro lado, su recepción en el ordenamiento español debe significar también una actualización normativa de distinto grado. Si hasta ahora, “se han reconocido las modificaciones que de modo indubitado vienen exigidas por el hecho de haber asumido este cuerpo jurídico, habría otro grado, que podríamos enunciar como segundo, que estaría constituido por aquellos cambios legales que fueran recomendables a la luz de la convención. No existiría fricción, conflicto o contradicción entre lo dispuesto en el texto internacional y en el ordenamiento español, que obligara a efectuar un cambio, pero sí resultaría aconsejable, desde un enfoque amplio, acometer reformas normativas inspiradas todas ellas en los principios y valores de la convención”⁵⁷⁹. Se trataría de un segundo grado de recepción, que ampliaría el alcance e intensificaría, por decirlo así, el cumplimiento, considerado globalmente, de la convención⁵⁸⁰.

Así mismo debemos subrayar que, “si la fuerza de la Convención no nos hubiera plantado de súbito en esta nueva dimensión, siempre los más precavidos y prudentes hubieran encontrado razones para postergar indefinidamente esta cuestión, como todo lo que tiene que ver con la discapacidad. Se diría que siempre hay algo más perentorio o importante, que relega la discapacidad a una permanente instalación en el futuro”⁵⁸¹.

Por tanto, parafraseando a Alberto Arbide, podemos decir que “se avecina un periodo reflexivo que va a necesitar de materiales, de análisis, de visión comparada, que nos sitúe en la mejor de las posiciones para acometer, con creatividad, audacia y sensatez, las reformas normativas que nos aguardan. No tenemos excusa para no actuar. La discapacidad debe de dejar de ser la eterna cuestión que siempre se posterga, porque nunca es su momento, y estar en el orden del día y a la orden del día”⁵⁸².

⁵⁷⁸ De Lorenzo, R., *Recepción de la Convención de la ONU en el ordenamiento jurídico español: ajustes necesarios*, en *Discapacidad, Derecho, y políticas de inclusión*, ob. cit., p. 53.

⁵⁷⁹ Ídem, p.59.

⁵⁸⁰ Ídem, p.60.

⁵⁸¹ Ídem, p.66.

⁵⁸² Ídem, p.67.

2. PANORAMA GENERAL DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO RESPECTO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SUS POSIBLES FRICCIONES CON LA CDPD

Como ya hemos advertido en el apartado anterior, si bien el grado de correspondencia entre el la Convención y el ordenamiento jurídico español preexistente a la misma es aceptable, hay aspectos en lo que se producen fricciones, producto de contradicciones o colisiones manifiestas, o más atenuadamente, de divergencias entre ambos sistemas dispositivos. Estas situaciones de conflicto “han de llevar a la revisión de una diversidad de normas jurídicas de nuestro ordenamiento legal, para lograr el necesario y deseable ajuste entre lo dispuesto por la convención internacional y lo regulado en nuestro Derecho interno. Estas presuntas fricciones, por la naturaleza propia de nuestro estudio, no podrán ser analizadas de manera exhaustiva, por lo pronto, debemos de limitarnos a enunciar aquellos conflictos de más calado y alcance, siempre desde una óptica de intensidad del efecto en los derechos humanos de las personas con discapacidad”⁵⁸³.

Comenzaremos este breve recorrido por la norma de mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico, que es la constitución española, que en su art. 49, señala que “*Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos*”. Se deduce del mismo precepto, que si bien alude específicamente a la discapacidad, responde tanto en su terminología como en su contenido material, al modelo médico rehabilitador de la discapacidad y el art. 14 del texto constitucional no contempla expresamente la discapacidad como un motivo especialmente odioso de discriminación⁵⁸⁴. Aquí habría una manifestación, de una primera fricción entre ambos ordenamientos, ya que en el instrumento internacional se plasma el modelo social de discapacidad, que es contrario al modelo médico-rehabilitador. Como consecuencia de esta visión se limitan los derechos políticos a las personas con discapacidad mental y sensorial, ya que, la Ley orgánica

⁵⁸³ Cayo, L., *La recepción de la convención de la ONU, en el ordenamiento jurídico español; ajustes necesarios*, ob. cit, p. 14 y 15.

⁵⁸⁴ *Capacidad jurídica y discapacidad propuesta para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico Español al Art.12 de la CDPD*. Informe elaborado dentro del Programa *El Tiempo de los derechos*, Consolider - Ingenio 2010, ob. cit. p.27.

5/1985, restringe este derecho a sufragio, de conformidad a su art.3 a los declarados incapaces en una sentencia judicial firme, y los internados en hospital psiquiátrico, mediante autorización judicial, y siempre que en la misma sentencia se declare expresamente su incapacidad para ejercer el derecho a sufragio. Esta limitación del ejercicio de los derechos, también provoca fricción con la CDPD.

Continuando con este paneo, diremos que, “sin lugar a dudas, el ámbito en el que hay una mayor desencuentro entre ambos sistemas es el que afecta específicamente a la regulación de los derechos de la personalidad y la capacidad jurídica y de obrar de las personas con discapacidad, y las restricciones y sustituciones que éstas pueden encontrar, por razón precisamente de su discapacidad, en los ordenamientos de tradición continental latina, como es el caso del español”⁵⁸⁵.

Este enfoque civilista romanista, es la principal barrera normativa que enfrenta el nuevo paradigma de capacidad. Es precisamente en este ámbito en donde se produce el mayor distanciamiento, en cuanto a la adopción íntegra de la convención ya que el artículo 12, “consagrado al reconocimiento de la igualdad plena ante la ley de las personas con discapacidad, incide de lleno en las instituciones que en nuestro Derecho preexistente regulan esta materia, y obligan a un replanteamiento, sobre cuya necesidad, con anterioridad incluso al tratado internacional, ya se había pronunciado el movimiento social de la discapacidad y la más esclarecida doctrina”⁵⁸⁶.

Este nuevo paradigma se fundamenta en la dignidad de la persona, y vincula la capacidad con los derechos humanos, planteamiento que esta visión debe quedar reflejada en el ordenamiento interno, por tanto, “el entendimiento de la plena personalidad a efectos jurídicos de las personas con discapacidad, incluidas aquellas que presentaban discapacidades que tradicionalmente se habían considerado que comprometían la *capacidad de gobierno de sí mismas* y de sus intereses de todo orden, lleva consigo una revisión profunda de instituciones tan arraigadas como, desde un punto de vista sustantivo, los complementos de la capacidad (tutela, curatela, guarda de hecho, prórroga de la patria potestad, etc.) o, desde un punto de vista formal, los procesos de la hasta ahora llamada incapacitación judicial (fraseología que habrá que desterrar en el futuro). La convención se sitúa - y sitúa a los Estados parte- en un paradigma de personalidad jurídica plena, indemne

⁵⁸⁵ De Lorenzo, R., *La recepción de la convención de la ONU, en el ordenamiento jurídico español; ajustes necesarios*, en *Discapacidad, derecho, y políticas de inclusión*, ob. cit. p.54 y 55.

⁵⁸⁶ Ídem, p.55

a toda forma de intervención restrictiva, y orienta la legislación a la regulación de apoyos y asistencias para que la completa capacidad sea una realidad efectiva”⁵⁸⁷. Este desafío demandará de los estados, de los legisladores, de los operadores jurídicos, de los tejidos sociales un formidable esfuerzo de creatividad e imaginación para establecer normativamente nuevas instituciones, fundadas en otros valores, principios y conceptos⁵⁸⁸. Siguiendo con esta breve descripción, otros elementos del ordenamiento español, que deben ser reconsiderados a la luz de la Convención, son los referidos a “las vigentes restricciones al *derecho a la libertad* por razón de discapacidad (artículo 14 de la convención: libertad y seguridad de la persona). Cuestiones como el internamiento forzoso o la admisibilidad o no de los tratamientos no voluntarios, cuando dichas intervenciones vienen asociadas con una situación de discapacidad en la persona concernida, tendrán que ser objeto de renovación legislativa, para acompasarse a los dictados de la convención, que no siempre son nítidos y terminantes”⁵⁸⁹.

Esta materia entronca “muy particularmente con el trato que el ordenamiento jurídico-penal, que dispensa a las personas con discapacidad y a la propia discapacidad. Resultará preciso mejorar la regulación actual de la protección penal de las personas con discapacidad (tipos penales específicos, delimitación o introducción de agravantes, cuando la infracción criminal venga determinada por la circunstancia de una discapacidad — presente o futura, real o percibida— en el sujeto pasivo etc.)”⁵⁹⁰.

Como consecuencia de lo anterior, “tendrán también que ser examinados: la regulación de la imputabilidad y la incidencia en la misma de la discapacidad; las limitaciones al cumplimiento de las penas por razón de discapacidad; medidas de seguridad, en sede penal, restrictivas de derechos fundamentales de la persona”⁵⁹¹.

Se debe advertir en este punto, una particular atención al tratamiento penal de las cuestiones que comprometen gravemente los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, que son por ahora admitidas por nuestro derecho, como *la esterilización no voluntaria* por razón de discapacidad, o la aceptación legal del aborto eugenésico (el que se practica para evitar el nacimiento de una persona con discapacidad)⁵⁹².

⁵⁸⁷ Ídem.

⁵⁸⁸ Ídem.

⁵⁸⁹ Ídem, p.16 y 17.

⁵⁹⁰ Ídem, p.17.

⁵⁹¹ Ídem, p.17 y 18.

⁵⁹² Ídem.

La convención, con buen criterio, revela el núcleo discriminatorio de estas regulaciones, proscribiéndolas, obligando a introducir reformas que asuman el principio basilar de que la vida o la integridad de una persona con discapacidad son bienes intangibles, que “no pueden verse menoscabados ni siquiera invocando concepciones tuitivas trasnochadas que esconden un paternalismo hoy fuera de lugar. Tanto normativamente, como desde una óptica de política de acción positiva, tendrá que revisarse la situación de las personas con discapacidad en situación penitenciaria”⁵⁹³.

Otro de los ámbitos que requiere de una atención muy especial es el de los aspectos de regulación bioética y del cuidado y atención a la salud, cuando se ven concernidas personas con discapacidad. La experiencia nos dice que “este ámbito es particularmente proclive a normas y prácticas gravemente comprometedoras de los derechos de las personas con discapacidad, se disimula, una pretendida neutralidad médica, ejercida por expertos, que solo opera como ciencia que pretende restablecer la salud o evitar la enfermedad”⁵⁹⁴. Asuntos como la obtención del consentimiento informado, con carácter previo a “recibir tratamientos médicos; medidas de contracepción, reproducción asistida, o en general de salud reproductiva; todo lo relacionado con la investigación biomédica (desde el diagnóstico pre implantacional hasta la posibilidad de que personas con discapacidad participen en experimentos biomédicos, por citar únicamente temas candentes), son materias especialmente sensibles desde un punto de vista exigente de derechos humanos de las personas con discapacidad. Dado que en parte es un sector del Ordenamiento jurídico en proceso de gestación, es el momento oportuno para que el nuevo Derecho por surgir en esta materia incorpore desde el principio los valores, principios y mandatos de la Convención”⁵⁹⁵.

Junto con ello, “la recepción del artículo 13 de la Convención, dedicado al *acceso a la Justicia*, debe significar una renovación del marco normativo para garantizar los derechos como justiciables de las personas con discapacidad. Restricciones como la vigente para ejercer la función de jurado, o para actuar como testigo en procedimientos notariales, son solo algunos ejemplos de regulaciones discriminatorias que habrá que desterrar de

⁵⁹³ De Lorenzo, R., *La recepción de la convención de la ONU, en el ordenamiento jurídico español; ajustes necesarios*, en *Discapacidad, derecho, y políticas de inclusión*, ob. cit. p.56.

⁵⁹⁴ Ídem.

⁵⁹⁵ Ídem.

nuestro ordenamiento jurídico”⁵⁹⁶. Diremos que, del compromiso y la participación activa de los operadores jurídicos, dependerá la correcta aplicación e interpretación de la CDPD, en el orden interno.

Debemos subrayar que para poder alcanzar estas metas de participación, y de vida independiente, potenciando la autonomía, es promover la igualdad de oportunidades para ingresar al mundo laboral, y elegir libremente el trabajo más acorde con las habilidades de la persona con discapacidad, además de desarraigar de este ámbito, la discriminación que ha habido, al momento de contratar a una personas con discapacidad. Según la legislación civil, hay que tener capacidad de obrar para poder ser contratado, por tanto las personas con discapacidad mental y sensorial, en principio no podrían ser contratadas. Aquí también se provoca una fricción con la CDPD, y con el nuevo paradigma de capacidad.

Por último, “cuestión aparte merece la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia, que aunque se promulgó un día después de la adopción de la Convención, converge en otros principios, valores y visiones de la discapacidad, que hacen que diste mucho, para mal, del espíritu y la letra del tratado internacional”⁵⁹⁷.

A pesar de que esta ley contiene los mismos principios que subyacen en la convención, diremos que al parecer, no hay un adecuado “balanceo” entre la promoción de la autonomía y la dependencia. Aspectos como “la libre decisión u opción de las personas beneficiarias respecto de los servicios de apoyo que precisan para su autonomía personal y vida independiente, el desequilibrio hacia visiones pasivas de la mal llamada “dependencia” en detrimento del bloque de autonomía personal, o la absoluta imposibilidad de prestaciones como la de asistencia personal, escamoteada y casi negada, deberían ser sustancialmente modificadas para que la ley estuviera en consonancia con el artículo 19 de la Convención que consagra el derecho a vivir incluido en la comunidad”⁵⁹⁸.

De este breve paneo del panorama legislativo interno, se han evidenciado algunas de las fricciones, que seguramente se enfrente la CDPD, al incorporarse al ordenamiento interno. Como ya se advertía, aquí se ha hecho “una relación sucinta —ni detallada ni completa— de las fricciones de más entidad entre la convención y el Derecho español preexistente, cuya modificación hay que acometer para que la recepción del tratado

⁵⁹⁶ Ídem, p.19

⁵⁹⁷ Ídem.

⁵⁹⁸ Ídem, p.59

internacional no sea una mera incorporación nominal, sino la posibilidad de una actualización vigorosa de nuestra legislación desde una dimensión irrenunciable de derechos humanos”⁵⁹⁹.

En el siguiente apartado, veremos de manera específica lo referido al impacto del art.12, siendo este el tema central de discusión del presente trabajo.

3. EL IMPACTO DEL ARTÍCULO 12 Y LA PRESENCIA DE MODELOS DE CAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO.

De la exposición de la situación legal existente en España en materia de discapacidad, se desprende la necesidad de introducir importantes reformas con mayor o menor intensidad, en casi todos de los ámbitos observados, especialmente desde la interpretación del art. 12.

Diremos que el nuevo paradigma de capacidad, remueve toda la institucionalidad civil vigente que regula la mayoría de los ordenamientos jurídicos existentes, por tanto, “es usual considerar que el art. 12 de la CDPD, introduce importantes avances y modificaciones respecto de la regulación de la capacidad jurídica vigente en los derechos internos obligando a realizar reformas relevantes en las legislaciones nacionales. Ahora bien, el alcance de esta modificación y la profundidad de dichas reformas dependen de la posición que se asuma en torno al significado de este artículo”⁶⁰⁰.

Debemos subrayar que “el artículo 12, es más claro respecto del contenido positivo del mandato de igualdad plena ante la ley de las personas con discapacidad, como ya se ha visto, que respecto de la configuración del nuevo sistema de apoyos a la adopción autónoma de decisiones que instaure como el único admisible en lo sucesivo. Esta reticencia o renuncia a establecer un mecanismo preciso para el apoyo es seguramente deliberada, dejando una calculada indefinición para que los estados parte cada uno atendidas sus circunstancias y bagaje, definan su propio modelo”⁶⁰¹.

⁵⁹⁹ Ídem.

⁶⁰⁰ *Capacidad jurídica y discapacidad propuesta para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico Español al Art.12 de la CDPD*. Informe elaborado dentro del Programa *El Tiempo de los derechos*, Consolider - Ingenio 2010, ob. cit. p.5.

⁶⁰¹ Un intento sugestivo por identificar los elementos esenciales de un posible nuevo modelo, puede verse en Bach, M., *La toma de decisiones con apoyo y el artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Elementos de un modelo*, traducción española de David Stirton, en prensa.

Esta ausencia de directrices nítidas debe ser una ocasión para ejercer la creatividad y la inventiva a fin de configurar un sistema de apoyos compatible con las Convención. Cumpliendo los mínimos del artículo 12, este instrumento deja a los estados un gran margen de maniobra para dotarse de un modelo propio.

Este campo libre puede dar pie a lamentos, en el sentido de que hubiera sido deseable y hubiera facilitado la tarea, que la misma convención formulara un modelo acabado, cerrado, que los estados tendrían que haber meramente reproducido. Sin embargo, no ha sido así, y con “buen criterio se han señalado orientaciones genéricas, promoviendo el ejercicio de la libertad. Cabe recordar que el estado español no formuló ninguna reserva ni declaración interpretativa, de la CDPD, ni tampoco en relación con el controvertido art. 12”⁶⁰². Por tanto el artículo en cuestión, debe ser aplicado en su integridad, con todo lo que ello significa, reconociendo la complejidad del mismo, y las posibles contradicciones con que se enfrente al interior de la normativa domestica. Este es un camino sin regreso, es por ello que deberemos enfrentar el desafío con la claridad necesaria para su efectiva aplicación.

Para lograr dicha efectividad en su aplicación, es necesario determinar el impacto que provoca la plasmación del art.12 en la normativa interna, análisis que nos proporcionará un diagnostico más acabado respecto del tratamiento de la capacidad al interior del ordenamiento. Aprovechando este ejercicio, podremos revelar la presencia de algunos de los modelos de capacidad, dentro de los mismos ámbitos del derecho a estudiar.

Para cumplir con este objetivo, haremos un recorrido (al igual que el apartado anterior, más exhaustivo) por distintos ámbitos del derecho español, concentrándonos en el ámbito civil, específicamente en el tema de la *personalidad y capacidad jurídica*, presumiendo, que será aquí, donde se generen las más intensas fricciones, por ser este el espacio donde anida las noción de capacidad jurídica, para luego continuar este estudio, de manera menos extensa en otros campos del derecho interno. Previo a esto y siguiendo la estructura piramidal kelseniana comenzaremos este análisis, por la norma de mayor jerarquía, que es la constitución.

⁶⁰² *Capacidad jurídica y discapacidad propuesta para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico Español al Art.12 de la CDPD*. Informe elaborado dentro del Programa *El Tiempo de los derechos*, Consolider - Ingenio 2010, ob. cit. p.26.

3.1. La Constitución

3.1.1. Sobre el impacto

La constitución sólo contiene una disposición expresa en relación a los derechos de las personas con discapacidad, en su art. 49, y de este precepto se extraen dos conclusiones; “la primera se refiere a, la consideración de las personas con discapacidad como titulares de derechos fundamentales y la segunda a la existencia de un colectivo vulnerable que requiere una especial protección, sin embargo el precepto adolece de una escasa concreción que puede perjudicar la equiparación de las personas con discapacidad y el resto de la población en el disfrute de los derechos constitucionales.

Debemos subrayar que, este artículo se encuadra en el capítulo III “que recoge los llamados *principios rectores de la política social y económica*, cuyo grado de protección resulta inferior al de los derechos y libertades y está inspirado en el ya superado *modelo médico-rehabilitador* de concebir la discapacidad, propio de la época en que se redactó la norma constitucional”⁶⁰³.

Podemos observar un primer impacto, porque el art. 12, maneja un concepto de discapacidad que subyace en el modelo social, irradiando también al art.1 inc.2 que es justamente en donde se expresa la noción de discapacidad, fundamentada en dicho modelo, en contraposición del modelo medico-rehabilitador, como consecuencia de ello, habrá que modificar dos normas constitucionales, por un lado, la relativa al *principio de igualdad* (art. 14 CE), introduciendo la no discriminación por motivo de discapacidad, para estar conforme con el art. 5 de la CDPD, que promueve la no discriminación por motivo por discapacidad, y por otro, la relativa a las *políticas en materia de discapacidad*, en relación al art. 49 CE, deberá modificarse e introducir términos como autonomía personal, accesibilidad, ajustes razonables y medidas de apoyo, para estar en consonancia con el espíritu del art 12, de la CDPD.

Además entendemos que este artículo, por su significado, debería ser reubicado en otro capítulo del texto constitucional donde tenga un “blindaje” de protección superior, como lo sería el capítulo II, “derechos y libertades”.

⁶⁰³ Informe Olivenza. Elaborado por el observatorio estatal de discapacidad (en adelante OED), es un informe bienal de la situación de discapacidad en España, ob. cit. p. 200.

3.1.2. *Sobre los modelos de capacidad*

Lo primero que se desprende del art.49 de la constitución, es que la noción de discapacidad que se maneja es la que subyace en el modelo médico-rehabilitador. Esto lo constatamos por las expresiones que contiene en su interior, tales como “tratamiento”, “rehabilitación” y “disminuidos”, que señalan claramente una orientación, en la que habrá que habilitar o restituir a las personas con discapacidad, para que pueden ser integrados a la sociedad. Visión que hemos ya cuestionado, “esto supone que hay que llevar a las personas que tienen una discapacidad de nacimiento a un antiguo estado que definiría un modelo ideal de hombre”⁶⁰⁴.

Entendiendo que este modelo de discapacidad es la “otra cara de la moneda” del modelo paternalista de capacidad, presumimos su presencia. Esta presunción se concreta en la justificación de ambos modelos (paternalista y médico-rehabilitador) para limitar el ejercicio de los derechos, siendo los *rasgos individuales* los que determinan el tratamiento de la capacidad, y donde el “modelo de sustitución” será el mecanismo de protección que viene a completar la “falta” o “carencia” de autonomía, esto se traduce en que un tercero tomara la decisión por aquella persona que es sustituida en su voluntad.

3.2. **Ámbito civil**

3.2.1. *Régimen general de personalidad y capacidad jurídica*

3.2.1.1. *Sobre el impacto*

A esta altura podemos afirmar, que en este ámbito, es donde se producirán las fricciones de mayor intensidad, presumiendo que la concepción de capacidad que asumen uno y otro ordenamiento son completamente disímiles, respecto de su mirada y fundamento.

⁶⁰⁴ Campoy, I., *la discapacidad y la constitución española de 1978*. En Igualdad, no discriminación y discapacidad, ob. cit. p. 140

En relación con la personalidad, el art. 29 del Código Civil dispone expresamente que “el nacimiento de la persona determina la personalidad, por más que se puedan reconocer determinados derechos al concebido y no nacido en los términos que señala esta misma norma”⁶⁰⁵. Y puesto que es a “la persona (a toda persona y solamente a ella) a quien el derecho reconoce capacidad, también la persona puede ser definida, jurídicamente hablando, como ser capaz de derechos y obligaciones”⁶⁰⁶.

Así, lo ha reconocido la legislación española, cuando dice que, la capacidad jurídica se considera reflejo de la personalidad y se tiene por el mero hecho de ser persona, es la misma para todos los individuos, no conoce de grados ni de modificaciones y no se ve afectada por las circunstancias personales de los individuos.

Por su parte, la capacidad de obrar implica la aptitud para ejercer los derechos y deberes. Algunas personas, por ejemplo, los menores o las personas incapacitadas, sí que pueden ver limitada, restringida o incluso anulada su capacidad de obrar a través de la institución de la *incapacitación*.

Partiendo del reconocimiento general de plena capacidad de obrar a los mayores de edad, las medidas de protección que puedan implicar una limitación a la misma por causa de discapacidad se ordenan a través del procedimiento de incapacitación⁶⁰⁷. Es así como, el art. 760 de la Ley de enjuiciamiento civil establece que la sentencia que declare la incapacitación habrá de determinar la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado⁶⁰⁸.

Deberíamos preguntarnos si se hace necesaria la adaptación o modificación de las normas que regulan en el derecho español el procedimiento de incapacitación, además de si ésta regulación es la adecuada y conveniente⁶⁰⁹.

Lo primero que habrá que decir es que, el art. 12, no establece diferencia alguna entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, partiendo de un concepto general de capacidad jurídica, que tiene carácter universal, ya que se ha de reconocer a todos por igual⁶¹⁰.

⁶⁰⁵ Pérez, de Ontiveros, C., *Capacidad jurídica y capacidad de obrar el art.12 de la convención, sus implicaciones en el derechos civil español*, en *Capacidad jurídica y discapacidad*, cuaderno de trabajo nº 7/España, ob. cit. p.37.

⁶⁰⁶ Albadadalejo, M., *Derecho civil*, tomo I, ed. Edisofer, S.L. Madrid, 2006, p.202.

⁶⁰⁷ Ídem, p.40

⁶⁰⁸ Ídem

⁶⁰⁹ Ídem.

⁶¹⁰ Ídem, p.38.

Claramente, hay un cambio de concepción, el nuevo paradigma, vincula la capacidad con los derechos humanos, “aunque la institución de la capacidad jurídica ha sido tradicionalmente abordada desde la perspectiva del Derecho privado sobre la base de los antecedentes del derecho romano, hoy día, parece indudable que el establecimiento de sus condiciones jurídicas de ejercicio, está directamente condicionado por estándares de derechos humanos y libertades fundamentales de carácter universal”⁶¹¹.

Es común señalar que el sistema español parte de una presunción general de plena capacidad en relación con todas las personas adultas y, por tanto, también en relación con las personas con discapacidad. Se trata, en todo caso, de una presunción *iuris tantum* que puede rebatirse, sólo, cuando concurren ciertas circunstancias legalmente previstas y, únicamente, en el marco de un proceso judicial.

Con la presencia del art.12, esta presunción de capacidad pasaría a ser *iuris et de iure* (de derecho), ya que estamos hablando de una noción universal de capacidad. Esto se traduce en, “un reconocimiento general de la igual capacidad jurídica (que englobaría la capacidad jurídica y la capacidad de obrar) de todas las personas mayores de edad, incluidas las personas con discapacidad, y de la exigencia de cumplir las obligaciones de accesibilidad y de realización de ajustes razonables en todos los ámbitos en los que deba ejercerse la capacidad jurídica (obligación que, con carácter específico, se repite en las propuestas de reforma de diferentes ámbitos). Igualmente, debe establecerse de manera expresa que la necesidad de contar con medidas de apoyo no supone una limitación de la capacidad jurídica”⁶¹². Visión que “debe extenderse en todos los órdenes jurídicos y a toda persona humana”⁶¹³.

Sin embargo, al interior del ordenamiento, el art. 199 del Código Civil establece que “*nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley*”. Las causas de incapacitación aparecen reguladas en el art. 200 del Código civil que establece que “*son causas de incapacitación las enfermedades o*

⁶¹¹ Véase en este sentido el trabajo de Perlin, M.L., International Human Rights Law and Comparative mental Disability Law: The universal factors, *syracuse journal of international law and commerce*, vol. 34,2006-2007,p.333-357.

⁶¹² Capacidad jurídica y discapacidad propuesta para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico Español al Art.12 de la CDPD. Informe elaborado dentro del Programa *El Tiempo de los derechos*, ob. cit. p. 49 y 50.

⁶¹³ De asís, R., *Sobre discapacidad y derechos*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, p.105.

deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”.

La legislación civil justifica esta limitación en la “ausencia de autogobierno”, no reconociendo en esta, la discriminación en razón de discapacidad, “suele insistirse en que la legislación española no considera la discapacidad, o las deficiencias, por sí mismas, como causa de incapacitación afirmándose que el presupuesto fundamental para que opere este “mecanismo de protección” lo constituye la *imposibilidad de autogobierno*, esto es, la consecuencia de la “enfermedad o deficiencia”⁶¹⁴.

Desde el nuevo paradigma se cuestiona esta justificación, replicando que “este artículo sí, parece tener la intención y desde luego despliega el efecto de incluir únicamente a las personas con discapacidad. De este modo, es posible afirmar que la normativa interna permite la restricción de la capacidad jurídica por razón de discapacidad, como también se afirma la complicidad con el modelo médico, ya que el “incapaz” lo es, por los “rasgos” que lo identifican, esto es, por causa de las “enfermedades o deficiencias” que padece, y no por la situación en la que se encuentra”⁶¹⁵.

A su vez, se deduce que en el sistema español la determinación de la imposibilidad del *autogobierno*, la valoración de su grado, y la elección del correspondiente sistema de guarda, se basan en *criterios netamente médicos* sin que la legislación exija, ni en la práctica se tenga en cuenta, la evaluación de la situación real y del entorno social de la persona afectada.

Desde el art.12, se cuestiona la justificación de carácter médico, objetando que, la *incapacitación*, prácticamente genera consecuencias en todos los ámbitos del derecho, si bien hay quien señala que no se proyecta en el campo de los derechos humanos siempre y cuando se demuestre que la persona posee una capacidad de juicio y comprensión suficiente (utilizando el término “capacidad natural”⁶¹⁶. Sin embargo, en la práctica la incapacitación tiene efectos sobre el disfrute de los derechos⁶¹⁷.

⁶¹⁴ Capacidad jurídica y discapacidad propuesta para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico Español al Art.12 de la CDPD. Informe elaborado dentro del Programa *El Tiempo de los derechos*, ob. cit. p.29.

⁶¹⁵ Ídem.

⁶¹⁶ Vid. Santos Morón, M.J., *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamiento médicos; honor, intimidad e imagen*, Madrid, escuela libre, 2000.

⁶¹⁷ Vid. En este sentido Cuenca, P. “el sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad; principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, en REDUR 10, diciembre 2012, p.70.

El impacto que provoca el nuevo paradigma en este ámbito, como lo hemos podido comprobar, es de gran calado, esto es producto principalmente, de las distintas concepciones sobre la discapacidad y capacidad que defienden uno y otro ordenamiento. En tanto que, el ordenamiento interno postula que las causas de la discapacidad se encuentran en la propia persona, o sea en su “deficiencia” (modelo medico-rehabilitador) y por ello, se aplican medidas proteccionistas en función del menor grado de *autogobierno* personal, que tienen por finalidad restringir la capacidad; el instrumento internacional en cambio, postula que la causa de la discapacidad, es producto de la interacción producida entre la “deficiencia”, y las barreras sociales que impiden la participación en todos los aspectos de la vida, a la persona con discapacidad en igualdad de oportunidades (modelo social). Es por ello, que el art.12, no presenta límites al ejercicio de la capacidad, proporcionando los apoyos necesarios, que tengan por finalidad potenciar la independencia y el *autogobierno*.

El nuevo paradigma de capacidad apuesta por el abandono de la incapacitación, y por el modelo de apoyo frente al de sustitución. Los lineamientos generales del modelo apoyo, establecen que “debe ser construido, con el objetivo de respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas; evitar los conflictos de intereses y la influencia debida; ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de las persona; aplicarse en el plazo más corto posible; ser sometidas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial; ser proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”⁶¹⁸.

Este nuevo proceso deberá tener como protagonista a la persona, evaluar no solamente las dificultades “individuales” que pueden obstaculizar la toma de sus propias decisiones, sino también la situación social en la que se encuentra. En todo caso, y al margen de este proceso, “las personas deben tener el derecho al uso, reconocimiento, y protección de los apoyos necesarios se proyectan en diversas situaciones y actuaciones. Entre ellas, cabe citar (sin ánimo exhaustivo), la posibilidad de ejercer los derechos, de contratar y prestar el consentimiento, de administrar los bienes, de ser parte y participar de los procesos, etc.”⁶¹⁹ Por tanto, para la efectiva plasmación del art.12, a modo de propuesta, debería derogarse la institución de la incapacitación (arts. 199 y 200 del Código civil) y,

⁶¹⁸ Vid. Barranco, M.C., Cuenca, P., Ramiro, M.A., *Capacidad jurídica y discapacidad: art.12 de la convención de Derechos de las personas con discapacidad*, en Anuario de la facultad de Derecho, N° 5, 2012, p.53 y ss.

⁶¹⁹ De asís, R., *Sobre discapacidad y derechos*, ob. cit. p. 106.

consecuentemente, reformar el art. 322 del Código civil que establece quiénes están en plenitud de ejercicio en los derechos civiles y del art. 1263, que se refiere a quiénes no pueden prestar su consentimiento para realizar actos civiles, ambos excluyentes para las personas “incapaces”. Este impacto también irradia al art.5 del CDPD, ya que desde aquí se promueve la no discriminación por motivos de discapacidad, por tanto no será posible limitar la capacidad justificando dicha razón, siendo incompatible con los principios que subyacen en toda la CDPD, ya que este es un principio transversal, que está presente en todos los demás derechos sustantivos.

Diremos que “el plan personalizado de medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad (que sustituye a los llamados procesos de incapacitación o de modificación de la capacidad de obrar), se podrá proyectar en las mismas situaciones y actuaciones”⁶²⁰. Reconociendo sí, que “el paso al modelo de apoyo, presenta algunas dificultades entre las que pueden destacarse dos. Por un lado la necesidad de proteger la seguridad de terceros⁶²¹ y por otro la necesidad de proteger a las propias personas con diversidad mental e intelectual⁶²².

El avance interdisciplinar (enfoque multidimensional), ha concordado con que las personas con discapacidad intelectual pueden encontrarse plenamente habilitadas para la toma de decisiones. Por otro lado, “las personas con discapacidad intelectual pueden contar con distintos grados de habilidad para la adopción de diversas decisiones, lo que también es corroborado interdisciplinariamente en la actualidad”⁶²³.

Habrá que ir derribando aquellos “mitos”, que mantenían la imposibilidad de ejercitar sus derechos. La habilidad para manifestar la voluntad no es un concepto binario (todo o nada), como ya lo hemos señalado, sino niveles variables de capacidad para tomar diferentes tipos de decisiones⁶²⁴.

Lo propio se aplica para las personas con discapacidad sensorial, que en algunos ordenamientos jurídicos y bajo ciertas circunstancias podrían ser privados de la capacidad

⁶²⁰ Ídem.

⁶²¹ Álvarez Lata, N, y Seoane, J.A, *El proceso de toma de decisiones de las personas con discapacidad*, derecho privado y constitución, N° 4, 2010. p.45.

⁶²² “Una medida de protección como la incapacitación, independientemente con el nombre que finalmente el legislador acurde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona”. Sentencia 282/ 2009 de la sala de lo civil del tribunal supremo.

⁶²³ Cisternas, S., *Las obligaciones nacionales para los estados partes en virtud del art.12, de la CDPD, vínculos con el art.13 e impacto en el derecho interno*, ob. cit. p.244,

⁶²⁴ Mesa de expertos realizada en la facultad de Derecho de la pontificia Universidad Católica de Chile, 17 de agosto de 2009.

de obrar de manera total o parcial, ocurriendo algo similar con formas de discapacidades motoras en que se vea afectada el habla. Todas estas personas han podido ser consideradas “incapaces”, aun cuando sus facultades volitivas estén intactas y solo exista una dificultad de mediación entre el individuo y su entorno, carencia receptiva del medio que no es imputable a dicha persona, razón por la cual no le pueden ser aplicadas consecuencias jurídicas que menoscaben su capacidad de ejercicio⁶²⁵.

En síntesis, el nuevo paradigma viene a potenciar la autonomía, a través de los mecanismos de apoyo, “en este sentido, aunque hablemos de un derecho a la igual capacidad, el sentido originario, es el derecho a la capacidad, derecho que puede requerir de medidas específicas para su satisfacción por parte de las personas que se encuentren en una situación determinada”⁶²⁶. Debido a esto último, “el derecho a la capacidad, como todo derecho, puede encontrar sus limitaciones en circunstancias excepcionales. No obstante, la referencia para su configuración es el modelo de apoyo y no la del modelo de sustitución”⁶²⁷.

Entonces podemos afirmar que, la dimensión del impacto del art.12, en la *personalidad y capacidad jurídica*, es de gran intensidad, porque sacude los cimientos de toda la institucionalidad del derecho privado-romano.

A la vista de ello, será preciso realizar modificaciones al interior del Ordenamiento, para adoptar fielmente la noción de capacidad jurídica que subyace en la CDPD. Previamente deberemos reflexionar sobre dos cuestiones: (i) la Convención deja claro que las condiciones de acceso a la capacidad jurídica inciden en un sentido esencial en las posibilidades de ejercicio de los derechos humanos, en este sentido, la igualdad en la capacidad jurídica tiene un valor instrumental en relación con los demás derechos reconocidos en la CDPD; y (ii) al igual que el resto del articulado de la Convención, también el art. 12 debe ser leído desde los presupuestos del modelo social de la discapacidad y no desde el modelo médico. La adopción de uno o de otro modelo tiene implicaciones muy distintas e importantes a la hora de tratar la cuestión de la capacidad jurídica.

⁶²⁵ Cisternas, S., *Las obligaciones nacionales para los estados partes en virtud del art.12, de la CDPD, vínculos con el art.13 e impacto en el derecho interno*, ob. cit. p. 244 y 245.

⁶²⁶ De asís, R., *Sobre discapacidad y derechos*, ob. cit. p.106.

⁶²⁷ Ídem.

Así mismo, lo ha entendido el comité de la CDPD, en las observaciones realizadas al Estado Español, en 2011. : “*el comité recomienda al Estado parte que revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y tome medidas para adoptar leyes y políticas por la que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de las decisiones, que respetan la asistencia, la voluntad, y las preferencias de las personas. Se recomienda, además que se proporcione formación sobre esta cuestión a todo los funcionarios públicos y otros interesados pertinentes*”⁶²⁸.

3.2.1.2. Sobre los modelos de capacidad

Hemos podido constatar que en este ámbito, (más que en cualquier otro) el ordenamiento español asume un rol *paternalista* desde la perspectiva de la capacidad, que en esencia supone que el estado, a través del derecho, está en mejores condiciones de decidir por la persona, siempre en vista de su propio bien⁶²⁹. Este sistema jurídico - al menos los de base latina, pero en general todos los del mundo - “acepta sin especial escrúpulo, con naturalidad, como si formara parte del orden de las cosas, la menor capacidad jurídica por razón o motivo de discapacidad, o si deseamos precisar más, de determinadas discapacidades, como las de índole mental o intelectual, fundamentalmente”⁶³⁰. Esto supone no tomar en consideración la decisión libre y autónoma adoptada por una persona. Tal como señala Jeffrie Murphy, “los derechos humanos básicos (incluido el derecho a hacer cosas estúpidas y peligrosas si uno lo desea) pueden ser puestos a un lado, y la persona incompetente puede ser tratada simplemente como el objeto de las preocupaciones benevolentes de alguien (normalmente el estado)”⁶³¹.

El derecho interno asume como único mecanismo de protección tendiente a “suprimir los impedimentos de su incapacidad” la representación legal, es decir, desplazar el ejercicio de la capacidad hacia un tercero que, a partir del momento de la designación, va a tomar todas las decisiones posibles sobre la persona y su patrimonio del modo que

⁶²⁸ Cayo, L. y Sastre, A., *Derechos humanos y discapacidad*, informe España 2011, colección Convención ONU, Ed. Cinca, Madrid, 2012, p.44.

⁶²⁹ Ramiro, M.A. “A vueltas con el paternalismo jurídico”, en *Revista derechos y libertades* n° 15, Madrid, 2006, p. 220-230.

⁶³⁰ Cayo Bueno, L., *Discapacidad, derecho, y políticas de inclusión*, ob. cit. p.44.

⁶³¹ Murphy, J., *Incompetence and Paternalism*, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophy, N° 60, 1974, p. 465.

considere más adecuado y sin necesidad de consultarle o hacerla participe en ningún momento.

En esta situación actual de la normativa interna, resulta en cierta manera irónico, que “todos los mecanismos de sustitución legal, allí donde existen y operan, actúan movidos por el interés y el bienestar del “incapaz”, de la persona incapacitada por motivos de discapacidad; son fundamentalmente tuitivos, protectores, animados por el bien de la persona sustituida y representada, y además, formalmente considerados, están establecidos con notorias garantías jurídicas, que tratan de conferir seguridad a la institución. Pero más allá de sus buenas intenciones y de sus seguridades rituales, anida en ellos, sin conciencia expresa de tan “naturales” que son o han llegado a ser a los ojos de los distintos operadores, la anticuada visión de que la discapacidad permite y obliga a la sustitución, a despecho de la afección de la integridad personal y de los derechos e intereses del individuo sustituido”⁶³². Este prejuicio, cuyo dictamen aceptamos sin discutirlo: acriticamente y pasivamente, “en cuanto que la aceptamos sin verificarla, por inercia, por respeto o por temor, y la aceptamos con tanta fuerza que resiste a toda refutación racional, es decir, a toda refutación que se haga recurriendo a argumentos racionales”⁶³³.

Esta actitud propia del modelo paternalista, se va a complementar con la visión medico-rehabilitadora de la discapacidad, que justifica la restricción de los derechos de las personas con discapacidad, enfatizando su “incompetencia”. Tal como queda de manifiesto, en el art.200, del Código civil.

Este tratamiento, también ha convencido a parte del colectivo de la discapacidad, y “han creído a pies juntillas lo que el colectivo de los médicos les ha comunicado: que están *mal hechos* y que deben ser *reparados*, que están *enfermos* y por consiguiente deben ser *curados*”⁶³⁴. Esta visión, ha llevado al rechazo del diferente, la invisibilización, el dominio paternalista de los ámbitos culturales, y los espacios públicos, que se siguen practicando en nuestra sociedad, plagadas de prejuicios, prepotencias de la dignidad humana⁶³⁵.

⁶³² Cayo Bueno, L, *Discapacidad, derecho, y políticas de inclusión*. ob.cit.p.72

⁶³³ La naturaleza del prejuicio. Racismo, hoy. Iguales y diferentes, Bobbio, N., en *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*. P.180. Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2010.

⁶³⁴ Palacios, A y Románach, J., *El modelo de la diversidad, la bioética y los derechos humanos como herramienta para alcanzar la plena dignidad*, Ed.Diversitas, España, 2006, p.118.

⁶³⁵ Eroles, C., *La discapacidad como eje de un movimiento social de afirmación de derechos, en la discapacidad: una cuestión de derechos humanos*, ed. Espacio, 2002, p.16.

En definitiva, evidenciamos la presencia y el predominio del modelo paternalista en este ámbito, en cuanto, se privilegia el principio de protección, sobre el principio de autonomía de la voluntad. Este “desbalanceo” es una característica inequívoca de su presencia, sostenido por el “modelo de sustitución”, cuya sobreprotección desproporcionada llega a ser arbitraria. Seguimos en este “desbalanceo” en relación al histórico vínculo entre “protección” estatal y el derecho a la autonomía, que tan sistemáticamente ha puesto en desventaja a las personas con discapacidad⁶³⁶. Esta sobreprotección indicara a que las persona con discapacidad debe de ser sustituida en la toma de decisiones, o sea se decidirá “por”.

3.2.2. Instituciones de protección y representación

3.2.2.1. Sobre el impacto

En el sistema español las instituciones de guarda y protección de las personas incapacitadas son, básicamente, la tutela y la curatela. El tutor y el curador de los incapacitados son designados en el procedimiento de incapacitación. El Código civil “establece una relación priorizada de personas que deben ser nombradas tutores o curadores de la persona incapaz. La normativa interna se basa en modelo clásico de representación que es el de “sustitución”, que reemplaza la voluntad de la persona con discapacidad que es incapacitada mediante un procedimiento judicial”⁶³⁷.

En este procedimiento de protección, el juez no se cuestiona qué acto podrá o no podrá realizar la persona, sino que el juicio define en sentido general, y en abstracto, que la persona no tiene capacidad jurídica. Ello no supone que la sentencia de incapacitación pueda llegar a tener efectos sobre actos pasados, lo que algunas legislaciones permiten. De esta manera, “si el juez tuviera que definir con respecto a qué tipo de actos jurídicos surte efecto la incapacitación, sin duda, el resultado sería muy distinto. Es una determinación de “todo” o “nada”, el cual impone una restricción amplia del ejercicio de los derechos, el

⁶³⁶ Bach, M., *El derecho a la capacidad jurídica en la convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: Conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma legislativa*, en capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos, ob. cit. p.107.

⁶³⁷ Capacidad jurídica y discapacidad propuesta para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico Español al Art.12 de la CDPD. Informe elaborado dentro del Programa *El Tiempo de los derechos*, ob. cit. p.30.

modelo paternalista, justifica esta medida, siendo la “deficiencia” de la persona el centro de la revelación”⁶³⁸.

Queda demostrado, que se busca la “incompetencia”, basado en la primacía del principio de protección, Joel Feinberg ha señalado que si se “rechaza por completo el paternalismo, y se niega que perseguir el bien de una persona es una base válida para coercionarlo, estaríamos negando, en primer lugar, el sentido común, y, en segundo lugar, una parte importante de nuestras costumbres y leyes”⁶³⁹. Esta justificación de la intervención del estado, que incluso puede llegar a ser contra la propia voluntad de la persona, esta validada, en nombre de su propio bienestar. Así, Garzón Valdés justifica “la intervención coactiva en el comportamiento de una persona a fin de evitar que se dañe a sí misma”⁶⁴⁰.

En el orden domestico, “el tutor se configura como el representante de la persona incapacitada sustituyéndole en la toma de decisiones relacionadas tanto con sus actos patrimoniales como con sus actos personales, salvo en aquellos que por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación, el incapacitado puede realizar por sí mismo. En este punto, es importante de nuevo tener en cuenta que la sentencia de incapacitación no suele contener disposiciones que señalen qué actos puede realizar por sí misma la persona incapacitada”⁶⁴¹. Por tanto, si se declara la incapacidad total, la representación con carácter general alcanzará a toda la esfera jurídica del tutelado tanto personal como patrimonial.

Aquí se produce otro impacto de gran magnitud ya que según la interpretación del art.12, debe remplazarse el sistema tradicional de tutela, o sea el “modelo de sustitución”, por ser discriminatorio, vulnerando las garantías de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. El nuevo paradigma de capacidad garantiza que “*las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida*”. La capacidad jurídica tiene que ser entendida como la capacidad de toda persona de disfrutar y ejercitar sus derechos. Además, la Convención estipula que las personas con discapacidad tienen “*acceso al apoyo que puedan necesitar*”

⁶³⁸ Ídem.

⁶³⁹ Feinberg, J., *Legal Paternalism*, Canadian Journal of Philosophy, N° 1, 1971, p.105-106.

⁶⁴⁰ Garzón Valdez, *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?* ob. cit. p. 155

⁶⁴¹ Ídem.

en el ejercicio de su capacidad jurídica”⁶⁴². Quién debería facilitar estos apoyos en primera instancia, es el estado, a través de agencias específicas como por ejemplo el ministerio de justicia, o Consejos o servicios nacionales de discapacidad, y organismos de revisión independientes⁶⁴³. También es necesario que las familias, los profesionales y las personas de su entorno reconozcan la capacidad de éstos a decidir por ellos mismos⁶⁴⁴, siendo los integrantes de este núcleo, también una alternativa válida como asistentes de apoyo.

En todo caso, se debe tener presente que los apoyos no deben implicar un gasto para la persona que lo solicita, por tratarse del ejercicio de un derecho fundamental, de carácter civil⁶⁴⁵.

3.2.2.2. Sobre los modelos de capacidad

La incapacitación trae como consecuencia, la sustitución de la voluntad del “incapacitado”, planteamiento defendido por el modelo paternalista, desde donde se sostiene que es necesario “completar” la capacidad de las personas con discapacidad, porque se encuentra “incompleta” jurídicamente. Vale decir “todas las decisiones posibles”, serán llevadas a cabo por un tercero, puesto que el ejercicio de derechos civiles y políticos como el voto, el matrimonio, el ejercicio de la responsabilidad parental, por nombrar sólo algunos, quedan completamente vedados para el presunto incapaz⁶⁴⁶.

El ordenamiento español vuelve a coincidir en la justificación, con el planteamiento del modelo paternalista, ya que en su interior, prevalece la *seguridad en el tráfico jurídico*, haciendo énfasis en la protección de los bienes patrimoniales de la persona “incapacitada”, antes que la propia persona “protegida”. Así afirmaremos, que “la institución de la representación sustitutiva en la toma de decisiones, se basa en una ideología más propia del capitalismo en la que, el foco de la protección, se centra

⁶⁴² European Disability. Forum 10 years. Propuesta de posicionamiento del foro europeo de la discapacidad (EDF) elementos clave de un sistema de apoyo en la toma de decisiones. ob. cit. p.1

⁶⁴³ Cisternas, S., *Las obligaciones nacionales para los estados partes en virtud del art.12, de la CDPD, vínculos con el art.13 e impacto en el derecho interno*, ob. cit. p.247.

⁶⁴⁴ European Disability. Forum 10 years. Propuesta de posicionamiento del foro europeo de la discapacidad (EDF) elementos clave de un sistema de apoyo en la toma de decisiones. ob. cit. p.2

⁶⁴⁵ Cisternas, S., *Las obligaciones nacionales para los estados partes en virtud del art.12, de la CDPD, vínculos con el art.13 e impacto en el derecho interno*, ob. cit. p.248.

⁶⁴⁶ Ídem.

precisamente en los aspectos patrimoniales y no en los aspectos personales de la persona”⁶⁴⁷.

Por tanto, en este ámbito hay argumentos suficientes, para determinar la presencia y primacía del modelo paternalista, porque existe una interpretación restrictiva de la

Autonomía, una mirada muy reduccionista de la persona, prevaleciendo el principio de protección sobre el de autonomía, el “modelo de sustitución”, será quien interprete mejor sus postulados, en desmedro de la libertad de la toma de decisiones

3.2.3. La voluntad anticipada

3.2.3.1.- Sobre el impacto

⁶⁴⁷ Ponencia en el marco de la red iberoamericana de expertos, realizada por Francisco Bariffi, ante Comisión Bicameral para la reforma actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, agosto de 2012, p.11.

Desde la reforma de ley 41/2003, la legislación española contempla la denominada autotutela. Así, una persona con discapacidad, siempre que tenga capacidad de obrar, puede, en previsión de ser incapacitada en el futuro, adoptar ante notario cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, y también podrá designar un tutor⁶⁴⁸.

Así lo ha establecido el inciso segundo del artículo 223, del código civil, que prevé el mecanismo de autotutela para designar a futuro una persona que represente y sustituya la voluntad en caso que no pueda ejercer la capacidad para tomar las decisiones de su vida. En principio podemos decir que es compatible con el libre desarrollo de la personalidad de los titulares.

Por lo tanto este artículo en principio es compatible con lo que se establece en la convención, y la implementación del art.12. Sin embargo, al exigir el requerimiento esta figura de la capacidad obrar, impide que una persona con discapacidad mental por ejemplo, pueda ejercer esta autotutela. Por tanto, diremos que hay una concordancia parcial, con los postulados del art.12, mas no completa. El impacto en este sentido, es de una intensidad mediana, ya que el inciso 2º del art.223, manifiesta una intencionalidad de promover la autonomía e independencia en la toma de decisiones.

Subrayar sí, que esta figura significa un avance en materia de autonomía y la libertad de elegir, ya que “mediante la misma, la propia persona con discapacidad, con capacidad de obrar suficiente, puede constituir un patrimonio protegido. En el ámbito sanitario se regula el llamado *documento de instrucciones previas* en el cual una persona puede expresar anticipadamente su voluntad sobre sus cuidados y el tratamiento de su salud con el objeto de que se cumpla en el caso de que llegue a una situación en la cual no pueda expresar su voluntad personalmente”⁶⁴⁹.

En este documento se puede designar, además, “un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas. Este documento sólo pueden otorgarlo las personas mayores edad, libres y capaces. La normativa sobre voluntades anticipadas es

⁶⁴⁸ Capacidad jurídica y discapacidad propuesta para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico Español al Art.12 de la CDPD. Informe elaborado dentro del Programa *El Tiempo de los derechos*, ob.cit. p.31.

⁶⁴⁹ Ídem.

diferente en cada comunidad autónoma y el modo de registrar estas voluntades también difiere”⁶⁵⁰.

3.2.3.2. Sobre los modelos de capacidad

Distinto a lo que venimos señalando, es la *voluntad anticipada* o *poderes preventivos*, tratándose de una figura novedosa que se distancia del modelo paternalista, ya que en este caso, será la propia persona quien nombre a un tercero para que lo represente antes de que su voluntad se viera “anulada”, primando de esta manera, el principio de autonomía. Según esto, podríamos decir que la figura en cuestión tendrá más cercanía al modelo promotor. Sin embargo, para que esto sea así, se debe cumplir con un requisito previo para completar esta figura (que lo hace distanciarse del modelo mencionado), porque se exige que la persona tenga *capacidad de obrar*, dimensión que ha sido dejada de lado por el modelo promotor, (o al menos vista desde otra perspectiva). Recordemos que en su postulado se maneja una noción de capacidad “unidimensional”, por tanto, el modelo no distingue entre la dimensión pasiva y activa de la capacidad, en cambio de acuerdo a ello, podríamos apreciar la presencia del modelo paternalista, ya que este, sí distingue las dos dimensiones, y es justamente la *activa* la que puede verse limitada.

Es una figura que podríamos ubicarla dentro de una conjunción de ambos modelos, denominada zona “gris”, ya que en ella se podrá apreciar la presencia, del modelo paternalista y promotor a la vez. En todo caso, debemos tender a desarrollar esta figura, ya que esta es trascendental en el ámbito de la salud, en donde puede verse comprometida la integridad física de la persona con o sin discapacidad.

En lo referente a la “representación” podría aplicarse en los casos excepcionales, siendo así, ambos modelos volverían a coincidir, ya que el modelo promotor, para entenderlo más claramente, diremos que sigue la interpretación “minoritaria” del art.12.4 (doble vida) de la CDPD, entendiendo que las “salvaguardias”, significan la permanencia del modelo de sustitución, siendo una alternativa, en aquellos casos en que el modelo de apoyo no dará respuesta, aquí se entiende la “representación” como una alternativa excepcional, mirando esta figura desde otra perspectiva.

⁶⁵⁰ Ídem, p. 32.

3.2.4. Capacidad jurídica para realizar actos jurídicos patrimoniales

3.2.4.1. Sobre el impacto

Según la normativa española, los actos jurídicos realizados por una persona antes de ser declarada incapaz son considerados actos válidos. Tan sólo serán anulables “cuando pueda probarse la ausencia de los requisitos esenciales que la legislación establece con carácter general para su validez (por ejemplo, la falta de consentimiento). Cuando la falta de capacidad legal en ciertos casos para los que la ley la requiere so pena de nulidad, en los que falta la *capacidad natural* da lugar a la nulidad, y la capacidad legal, a la anulabilidad (contratos).

En el sistema jurídico español las personas incapacitadas no pueden prestar su consentimiento para celebrar contratos válidos y tampoco pueden realizar donaciones o aceptar aquéllas que estén condicionadas o que supongan una contraprestación. En materia de sucesiones, pueden aceptar o repudiar la herencia las personas que puedan disponer libremente de sus bienes.

Debemos decir que el sistema español de incapacitación se centra en exceso – como consecuencia del tratamiento de la capacidad jurídica desde los principios propios del Derecho civil– en la protección de los aspectos patrimoniales, a los que se refieren la práctica totalidad de los preceptos del Código civil que regulan el funcionamiento de las instituciones de guarda y protección que casi no contienen previsiones relativas a intereses de índole personal del incapacitado y descuidan las demás esferas, lo que puede generar una desprotección de las persona en estos ámbitos⁶⁵¹.

Ciertamente la restricción de la capacidad jurídica en el ámbito civil irradia en todo el régimen de ejercicio de los derechos en la medida en que afecta no sólo a la capacidad general para prestar consentimiento en éste y otros ámbitos⁶⁵², sino también a la capacidad procesal, a la capacidad para celebrar contratos de trabajo⁶⁵³, a la capacidad para

⁶⁵¹ Cuenca, P., “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, REDUR 10, diciembre 2012, p. 69.

⁶⁵² Así, con carácter general establece el artículo 1263 del Código civil que los incapaces no pueden prestar consentimiento.

⁶⁵³ El artículo 7 de la Ley Enjuiciamiento Civil señala que sólo tienen capacidad para comparecer en juicio

asociarse⁶⁵⁴, a la capacidad para votar etc. que, en el sistema jurídico español -como en otros muchos- se hacen depender de ella.

En este ámbito también observamos un impacto de gran intensidad, porque el art.12, establece la igual capacidad jurídica para “todos”, sin excepción. De este modo, la situación de los actos o contratos celebrados por las personas con discapacidad, como “inválidos” cambia. Para ello habrá que modificar el art.1263 del código civil, que está relacionado con la prestación del consentimiento, debiendo terminar la vinculación de “capacidad natural” con “la capacidad mental”, dejando atrás la visión “parcial” de la persona con discapacidad, asumiendo una nueva visión integral, propuesta por el art.12.

Así, “para la celebración de estos actos, se exigirá que las personas cuenten con los apoyos necesarios para su realización y que la misma se adecúe, en su caso, al plan personalizado de medidas de apoyo. Estos actos realizados con los apoyos precisos deberán considerarse válidos. El plan personalizado de medidas de apoyo podrá establecer precauciones, comunicación al ministerio fiscal o al propio juez, en relación con actos patrimoniales de especial trascendencia en función de la situación de la persona”⁶⁵⁵.

3.2.4.2. *Sobre los modelos de capacidad*

A estas alturas podemos afirmar, que en el sistema jurídico español, la dimensión cognitiva adquiere un rol significativo, que al parecer atraviesa todo el ordenamiento interno, influyendo en el ámbito de los *actos y contratos civiles de índole patrimonial y personal*, ya que para que estos sean válidos las personas deben tener; cabal juicio, idoneidad, consentimiento libre, etc. Requerimientos que en el sistema actual, las personas con discapacidad, sobre todo aquellas con desafíos en el área intelectual, no cumplen.

La denominada “capacidad natural” que suele exigir para la realización de este tipo de actos, se vincula con un nivel de dependencia a la “competencia mental”. La regulación

quienes se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, debiendo hacerlo las personas que no cumplan esta condición a través de representante o nombrándose un defensor judicial. Vid. en el mismo sentido el art. 16 de la Ley de Procedimiento Laboral.

⁶⁵⁴ Por ejemplo, el artículo 7 Real Decreto Legislativo 1/ 1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, BOE núm. 75 de 29 de marzo de 1995 establece, de nuevo, que «podrán contratar la prestación de su trabajo quienes tengan plena capacidad de obrar conforme a lo dispuesto en el Código civil».

⁶⁵⁵ Capacidad jurídica y discapacidad propuesta para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico Español al Art.12 de la CDPD. Informe elaborado dentro del Programa *El Tiempo de los derechos*, ob. cit. p. 53.

del ejercicio de estos actos se centra en los “rasgos” individuales de la persona⁶⁵⁶. Es por ello, que podemos constatar la presencia y supremacía del modelo paternalista, que a través de la incapacitación, inhabilita a las personas con discapacidad, a la realización de todo tipo de actuación jurídica, siendo sustituida su voluntad por un tercero, y por ende su libertad de poder decidir.

3.2.5. *Capacidad para realizar actos jurídicos personalísimos*

3.2.5.1. *Sobre el impacto*

Estos son actos, que en principio deben ser celebrados por la propia persona, aunque se encuentre en una situación de discapacidad, sin embargo hay excepciones al respecto, “en relación con algunos actos personalísimos el sistema jurídico español, no tiene tanto en cuenta la existencia, o no, de una declaración de incapacitación como que la persona goce de “capacidad natural” suficiente, entendiéndose por esta, como la *capacidad de discernimiento y juicio suficientes* para adoptar una decisión en el caso concreto”⁶⁵⁷.

Al igual que en apartado anterior, la capacidad natural se determina siempre de acuerdo con parámetros médicos, se define en algunos casos en la propia legislación y se aplica en términos excluyentes para las personas con discapacidad, no estableciendo mecanismos de apoyo para poder paliar los obstáculos que las personas, incapacitadas, o no, pueden encontrar para el ejercicio de su llamada “capacidad natural”⁶⁵⁸. En el caso de que una persona con discapacidad carezca de capacidad natural no podrán realizar estos actos ni por sí misma, ni por medio de su representante”⁶⁵⁹.

Pues bien, será pertinente realizar tres consideraciones al respecto. En primer lugar, “advertimos una vinculación de dependencia entre la “capacidad natural” y la “competencia mental”, sometiendo su evaluación a criterios estrictamente médicos, exigencia que resulta excluyente para las personas con discapacidad mental. En segundo lugar, se permite la sustitución de la toma de decisiones en actos tan “personalísimos” como la esterilización.

⁶⁵⁶ Capacidad jurídica y discapacidad propuesta para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico Español al Art.12 de la CDPD. Informe elaborado dentro del Programa *El Tiempo de los derechos*, ob. cit. p.53.

⁶⁵⁷ Ídem, p. 32.

⁶⁵⁸ Ídem.

⁶⁵⁹ Ídem.

En tercer lugar, subrayar que estos mecanismos de sustitución no se proyectan, con algunas excepciones, al ejercicio de los derechos fundamentales, sin embargo esta prohibición de sustitución plantea problemas, porque, no se prevé otras medidas para superar el obstáculo que las personas con discapacidad pueden encontrar para el ejercicio de su “capacidad natural”. Redundando en su exclusión, en las esferas de actuación consideradas de esenciales⁶⁶⁰, como por ejemplo; el matrimonio, se exige el consentimiento, la adopción que exige la “idoneidad”, y en el testamento donde se exige “cabal juicio”, estos actos no pueden ser celebrados por las personas con discapacidad intelectual, ya que en el actual sistema estas se ven privadas de dicho requerimiento, debido a que estos son evaluados desde una visión puramente medica.

Advertimos un nuevo impacto de gran magnitud, ya que estas leyes sobre protección del adulto y las leyes sobre la sustitución en la toma de decisiones están fuertemente cuestionadas por el art.12. Aseverando, que las maneras particulares de cada persona de aprender, razonar, procesar información, o incluso de la evaluación de “desorden mental” o “episodio psicótico”, no son de por sí determinantes para restringir la capacidad jurídica⁶⁶¹. Efectivamente, habrá distintas formas de pensar, comunicar, y sentir, mas esto no es determinante para restringir derechos, sino todo lo contrario, es aquí donde deberá realizarse el rol del Derecho, que garantice el desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad.

Se considera aquí, que lo que realmente se necesita demostrar es la intención de actuar, y este umbral para reconocer la capacidad jurídica de hecho es bastante bajo. La mayoría de las personas con discapacidad intelectual podrían fácilmente “pasar por encima”, sino estuviese bloqueada, por presunciones de ineptitud, que inmediatamente

⁶⁶⁰ A este problema alude, Pérez De Ontiveros, C., en su trabajo *«La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar»*. La autora considera que las medidas sustitutivas –que, a su juicio, no están totalmente excluidas por la CDPD– no deben incidir en las cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales cuando las personas a ellas sometidas tengan suficiente capacidad natural, pero no deja de apuntar que la Convención obliga a «reflexionar acerca del establecimiento de mecanismos más flexibles de actuación que potenciaran la posible capacidad residual de la persona incapacitada»

⁶⁶¹ Bach, M., el derecho a la capacidad jurídica en la convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad: Conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma legislativa, en *capacidad jurídica y derechos humanos*, Palacios, A., y Bariffi, F., (coordinadores), Ed. Ediar, Buenos Aires, 2012, p. 66.

elevan el umbral un tanto más alto, cuando se trata del deseo de contratar o celebrar acuerdos con otros⁶⁶².

La definición de la llamada capacidad natural que “suele exigirse para la realización de este tipo de actos debe desvincularse de referencias a la competencia mental y debe definirse en términos neutrales en relación con la discapacidad y las deficiencias. La regulación del ejercicio de estos actos debe centrarse en situaciones y no en rasgos de la persona”⁶⁶³.

En este ámbito se proyecta también el derecho general a los apoyos y el plan personalizado de medidas de apoyo que tratan de facilitar la conformación, expresión y comunicación de esa voluntad.

3.2.5.2.- Sobre los modelos de capacidad

Nuevamente actúa como elemento determinante para las actuaciones jurídicas ‘personalísima, es la habilidad cognitiva, resumida en la capacidad natural, por tanto todos sus equivalentes, razón, cabal juicio, consentimiento, voluntad libre, etc. Son lo que no poseen las personas con discapacidad mental, exigencias que los inhabilita para participar de cualquier celebración de acto o contrato por sí mismo. Esto es una restricción a los derechos, siendo un ámbito además mucho más susceptible de ser ejercido personalmente.

Por tanto observamos la presencia del modelo paternalista, siendo el modelo de sustitución, la figura jurídica que se aplicara, como procedimiento de protección, limitando la capacidad en razón de la “deficiencia”, además es el modelo que primará, en este ámbito, ya que la toma de decisiones será realizada por un tercero, que vendrá a sustituir la voluntad de la persona que ha sido limitada en su capacidad.

⁶⁶² Ídem, p.68.

⁶⁶³ Capacidad jurídica y discapacidad propuesta para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico Español al Art.12 de la CDPD. Informe elaborado dentro del Programa *El Tiempo de los derechos*, ob, cit.,p.53.

3.2.6. Régimen de responsabilidad civil

3.2.6.1. Sobre el impacto

El sistema español señala que, “las personas con discapacidad con capacidad para contratar - esto es, aquellas que tengan plena capacidad de obrar - son responsables civilmente. En el caso de personas incapacitadas, cuando el contrato lo realice en su nombre el representante legal será éste el responsable. Como antes se dijo, los contratos realizados por personas incapacitadas sin la intervención del tutor o curador, cuando ésta sea necesaria, son anulables o incluso nulos”⁶⁶⁴.

Según lo expresado, las personas con discapacidad son responsables civilmente, pero siempre que tengan “capacidad de obrar”. Excluye de esta responsabilidad a las personas “incapacitadas” tampoco tendrán responsabilidad, ya que esta recae sobre su representante legal, o sea no son responsables “directamente” de sus actos.

Siguiendo con la responsabilidad, en el Derecho de daños español “no existe ninguna norma que regule específicamente la responsabilidad civil de las personas con discapacidad, ni que - a diferencia de lo que sucede en el ámbito penal- excluya la responsabilidad de las personas con discapacidad psíquica o mental (a diferencia de lo que contempla la responsabilidad penal el art.20, 1 y 3 del código penal), por lo que el art.1902, es de plena aplicación , ya que mientras no exista sentencia de incapacitación, estas personas ostentan la plena capacidad de obrar”⁶⁶⁵.

En todo caso, “para que se genere responsabilidad civil es necesario, además de que se realice una conducta antijurídica que causalmente provoque un daño, que concorra el elemento de la culpa, entendida en nuestro sistema, con carácter general, en un sentido subjetivo de tal manera que para imputar responsabilidad es necesario que el causante del daño tenga capacidad de *discernimiento* suficiente para conocer el alcance de sus acciones. Si concurre esta circunstancia una persona con discapacidad mental o psíquica responderá con su patrimonio por los actos que realice. Y no será responsable en el caso de no ser consciente de las consecuencias de sus actos. Lo anterior es aplicable, también, según la

⁶⁶⁴ Ídem, p.33.

⁶⁶⁵ Martínez, E., *La responsabilidad civil en el ámbito de la discapacidad*, en Cayo, L (director), y miguel carballeda (prologuista) *Hacia un derecho de las discapacidad*, ob. cit. p. 527.

doctrina, en el caso de que la persona esté incapacitada. De esta forma, es el juez quien decide en cada caso si concurre o no culpa subjetiva”⁶⁶⁶.

Si el nuevo paradigma reconoce el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, también reconoce la responsabilidad en su actuar, esto se desprende del tenor del art.12, cuando nos da entender de qué mediante los mecanismos de apoyo se pueden ejercer todos los derechos, pero a su vez asumir las consecuencias de los mismos.

De esta manera “las personas con discapacidad o deficiencias son responsables civiles en las mismas condiciones que los demás, esto es, cuando concurra culpa subjetiva, y, por tanto, se comprenda la ilicitud del acto. Por otro lado, la responsabilidad objetiva por actos de terceros debe limitarse a las personas que desempeñan apoyos obligatorios”⁶⁶⁷.

Así mismo “los contratos en los que intervienen personas con apoyos son válidos si éstos han funcionado correctamente o se han realizado de conformidad con el plan personalizado y las personas que precisan apoyos son responsables en este ámbito. En otro caso, estos contratos deben ser considerados anulables e incluso nulos”⁶⁶⁸.

El impacto del art.12, en este ámbito, parecerá negativo para las personas con discapacidad, ya que hasta ahora han sido tratadas como “sujetos pasivos” en cuanto a su actuar en el mundo jurídico, fomentado su irresponsabilidad y dependencia, debido a la “inhabilitación” en todos los ámbitos de la vida social.

Podría pensarse que quizás cueste más asimilar esta nueva situación a las generaciones actuales de personas con discapacidad (mayores de edad), ya que han estado acostumbrados a un tratamiento distinto, en donde sus actuaciones han sido ignoradas, y no han tenido trascendencia en el mundo jurídico; todo lo contrario, de lo que establece el nuevo paradigma, desde el cual, se promueve la autonomía e independencia. Sin embargo entendiendo que este es un proceso que llevará su tiempo desarrollar, las familias cumplirán un rol fundamental en este cambio, ya que será desde este núcleo, donde comience la estimulación, para fomentar, la responsabilidad, autonomía e independencia. Esta mirada del art.12, se vincula con los art.7 “niños y niñas con discapacidad” y también con el art.19, “vida independiente”.

⁶⁶⁶ Capacidad jurídica y discapacidad propuesta para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico Español al Art.12 de la CDPD. Informe elaborado dentro del Programa *El Tiempo de los derechos*, ob. cit. p.33.

⁶⁶⁷ Ídem, p.53.

⁶⁶⁸ Ídem.

3.2.6.2. *Sobre los modelos de capacidad*

La dimensión cognitiva sigue presente y va a incidir en el ámbito de la *responsabilidad civil*, los requerimientos exigidos para que una persona pueda asumir las responsabilidades de sus actos, que es el *discernimiento* (capacidad natural). Debido a ello constatamos nuevamente la presencia y primacía del modelo paternalista. Es verdad que en este ámbito esta limitación podríamos decir que es desde lo positivo, a pesar que de “carga” de responsabilidad a las personas con discapacidad, pero el reconocimiento del ejercicio de los derechos, trae como consecuencia la responsabilidad del acto realizado, debemos desprendernos de la mirada proteccionista. Aquí todavía presente a través del modelo de sustitución y de las restricciones en todos los ámbitos.

3.3. **Ámbito penal: régimen de responsabilidad penal**

3.3.1. *Sobre el impacto*

En el Derecho penal español “se consideran exentos de responsabilidad en el ámbito penal quienes al tiempo de cometer la infracción no pudieran comprender la ilicitud del acto o actuar conforme a dicha comprensión debido a anomalías o alteraciones psíquicas. Esta circunstancia también puede ser considerada una atenuante cuando no se dan todos los elementos”⁶⁶⁹.

Al preguntarnos qué significa esto de no comprender la ilicitud del acto, debemos decir que “la actual legislación penal, frente a la anterior, adopta un método mixto a la hora de juzgar la capacidad o comprensión del acto por parte de la persona que tiene en cuenta la existencia tanto de una base patológica o médica (una alteración o anomalía), como de un efecto psicológico (alteración de la conciencia o voluntad). En este sentido, a la hora de probar de la inimputabilidad se suelen exigir informes tanto de un médico (psiquiatra forense) como de un perito forense”⁶⁷⁰.

Sin embargo esta postura fricciona con la visión del nuevo paradigma, que nos dice que, “las eximentes y atenuantes no deben estar basadas directa o indirectamente en la

⁶⁶⁹ Ídem, p.34

⁶⁷⁰ Ídem

discapacidad o las deficiencias y han de redefinirse en términos neutrales relativos a las situaciones que impiden comprender la ilicitud de los actos. Igualmente, hay que eliminar la relación que se establece, en ocasiones de manera directa, entre la peligrosidad y el trastorno mental en la regulación de la imposición de medidas de seguridad”⁶⁷¹.

Consecuencias de estas medidas de seguridad, “la legislación española permite el internamiento forzoso de toda persona afectada por un trastorno psíquico que impida a la persona decidir por sí misma sobre tal internamiento”⁶⁷².

En el caso del internamiento de urgencia, se exige “convalidación posterior de la medida por parte del juez que deberá ser informado de su adopción en un plazo de 24 horas y deberá pronunciarse en un plazo máximo de 72 horas desde que tenga conocimiento del internamiento. El internamiento puede ser adoptado también como medida cautelar en el curso de un procedimiento de incapacitación”⁶⁷³.

Por otro lado, el internamiento forzoso, que “supone una privación de libertad es, en todo caso, menos garantista si la comparamos con la legislación penal e incluso con la legislación sanitaria. Además, en el ordenamiento jurídico español no existen normas explícitas que se refieran al ejercicio de los derechos de las personas una vez que han sido internadas, ni especiales garantías que traten de preservar su integridad física y moral, ni se exige previa autorización judicial para la aplicación de medidas terapéuticas”⁶⁷⁴.

Esta falta de garantías a la cual hacemos referencia en los internamientos, donde se practican tratamientos que vulneran los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, es claramente incompatible con el art.15, de la CDPD, en la cual se establece que, *ninguna persona será sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. Por el contrario, se ha comprobado que se han practicado tratamientos violentos a las personas con discapacidad mental como por ejemplo la terapia de electroshock, también conocida como electroconvulsoterapia (TEC), tratamiento que se han aplicado por ejemplo a personas con esquizofrenia. Estos tratos inhumanos se han llevado a cabo en centros psiquiátricos, sistemáticamente, sin ningún tipo de sanción. Hoy esta práctica es sancionada a nivel internacional como delito de tortura.

⁶⁷¹ Ídem, p. 54.

⁶⁷² Ídem.

⁶⁷³ Ídem, p.35.

⁶⁷⁴ Ídem.

Con la *institucionalización* de las personas con discapacidad, se provoca otro impacto con la CDPD, siendo incompatible con el art. 19 de la CDPD, ya que las personas con discapacidad tienen el derecho a elegir con quien vivir y donde hacerlo. Si bien es cierto, que las discapacidades psicosociales pueden ser difíciles de tratar, existen tratamientos ambulatorios que podrían ser una alternativa válida al internamiento, por ser estos, prácticamente una pena privativa de libertad, incluso con menos garantías que la propia sanción penal. Este impacto se extiende, al art. 14 de la CDPD, que asegura a las personas con discapacidad, el *derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables*⁶⁷⁵.

Esta mirada sobre las personas con discapacidad intelectual cambia con el nuevo paradigma, donde se plantea que “en relación con las personas internadas en centros o unidades de salud mental es preciso establecer medidas encaminadas a favorecer el ejercicio de sus derechos, entre ellas medidas de apoyo”⁶⁷⁶.

En todo caso, la política de estos centros debe orientarse no sólo a la rehabilitación sino también a la inclusión social de las personas internadas. También se produciría un impacto en este sentido, ya que la existencia de una discapacidad no debe ser justificación en ningún caso de una privación de la libertad de conformidad al art. 14 de la CDPD, relacionado a la “seguridad y libertad individual”. Esta colisión irradia también está con el art.12, de la CDPD, ya que, en este ámbito no se reconoce la capacidad jurídica, a la persona con discapacidad, se la limita por sólo hecho de tener una “deficiencia”, o sea por sus rasgos de identidad.

Por último, será necesario eliminar la referencia a la incapacidad de la víctima en la agravación de ciertos delitos y sustituir esta previsión por la necesidad de apoyos de la víctima⁶⁷⁷, además de incluirse la discapacidad dentro del delito por discriminación y dentro de los delitos de lesa humanidad⁶⁷⁸.

⁶⁷⁵ Art.14.2 de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

⁶⁷⁶ Ídem, p.54.

⁶⁷⁷ Ídem.

⁶⁷⁸ Ídem.

3.3.2. Sobre los modelos de capacidad

El elemento subjetivo requerido para probar y sostener la responsabilidad penal (tales como la intención o conocimiento con respecto a elementos fundamentales de un crimen determinado) puede ser suficiente para proteger a las personas con discapacidad en contra de la responsabilidad injusta. Los planteos de la inimputabilidad relacionados con la discapacidad, sugieren que las personas con discapacidad están fuera del alcance de responsabilidad penal, y al mismo tiempo juegan un papel fundamental en el apoyo de regímenes de institucionalización psiquiátrica y otros tipos de medidas paternalistas de control⁶⁷⁹.

Nuevamente vemos la presencia del modelo paternalista, la comprobamos a través de la mirada medico-rehabilitadora respecto a la persona con discapacidad, considerándola como una persona “enferma”, mirada que trasciende al ámbito penal, y que justificará todo lo concerniente a las sanciones de penas privativas de libertad, llegando a equiparar, incluso, la “enfermedad” (de la persona con discapacidad) con la “peligrosidad”.

En España, esta relación ha provocando que se amplíe el término de “peligrosidad” hasta límites cuestionables. Esto ha quedado de manifiesto con la presentación del anteproyecto de reforma del código penal, presentado en el Consejo de Ministros el 11/10/2012 y que se encuentra actualmente en discusión para su aprobación, que vulnera los derechos civiles, cercena las libertades de la mayoría de la población y atenta contra los preceptos de la Constitución⁶⁸⁰. Incluso el Consejo General del Poder Judicial considera el anteproyecto inconstitucional. El nuevo código equipara enfermedad mental con “peligrosidad” y tipifica a la persona con trastorno mental como *sujeto peligroso*⁶⁸¹.

Esta asociación, “se basa en un paradigma de la discapacidad psicosocial como “enfermedad mental”, una enfermedad definida por los médicos y con necesidad de un tratamiento, independiente de los deseos de una persona. Un rechazo al tratamiento solo refuerza la determinación de hacerlo cumplir, puesto que se trata de una enfermedad

⁶⁷⁹ Minkowitz, T., *No discriminación, capacidad jurídica, y derecho a no ser sometido a tratamiento obligatorio, en capacidad jurídica, discapacidad, y derechos humanos*, en *capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, Palacios, A, Bariffi, F, (Coord), Ed. Ediar, Buenos Aires, 2012, p.547.

⁶⁸⁰ Manifiesto del Colectivo de Salud Mental, *Activament Catalunya Associacion*, contra el Anteproyecto de ReformadelCódigoPenal, 02/07/2013. file:///H:/Manifiesto%20del%20Colectivo%20de%20Salud%20Mental%20contra%20el%20Anteproyecto%20de%20Reforma%20del%20C%C3%B3digo%20Penal%20%20%20ActivaMent%20Catalunya%20Associaci%C3%B3 htm. Consultado el 1/08/2013.

⁶⁸¹ Ídem.

mental, esto se equipara con la incapacidad en la toma de decisiones, y por tanto con la incapacidad en el marco jurídico tradicional”⁶⁸².

La “enfermedad mental” es también sinónimo de comportamiento impredecible y, de este modo, de irresponsabilidad, la cual ha sido utilizada para justificar el régimen jurídico represivo y paternalista. Las modalidades de tratamiento utilizadas en un tratamiento obligatorio tiene efectos represivos, como los fármacos neurolépticos que causan la apatía y la indiferencia psíquica, (por eso los llaman camisa de fuerza química o “lobotomía “química”)⁶⁸³, y se utilizan de forma explícita de una manera de contención.

Como vemos, seguimos bajo el “paraguas” del modelo paternalista, en este caso, protegiendo a una persona “enferma”, siendo la justificación su “peligrosidad”, su inestabilidad, el riesgo del daño a sí mismo o a terceros. Así, la autonomía sigue interpretándose de un modo restrictivo, se continúa decidiendo por la persona con discapacidad.

3.4. Ámbito de la salud: Derechos del paciente

3.4.1. Sobre el impacto

En España existe legislación específica que regula tanto los derechos del paciente como las prácticas experimentales (las normas más importantes que cabe mencionar son la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, la Ley 14/2007 de 3 de julio, de Investigación Médica y el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero regulador de los ensayos clínicos)⁶⁸⁴.

También debe tenerse en cuenta la Ley 14/1986 general de sanidad. Esta normativa establece algunas diferencias de trato por lo que respecta a las personas con discapacidades intelectuales o mentales o incapacitadas.

Con buen criterio, esta ley 41/2002, en su exposición de motivos, no se refiere solo al “escrupuloso respeto a la intimidad personal y a la libertad individual del usuario,

⁶⁸² Minkowitz, T., *No discriminación, capacidad jurídica, y derecho a no ser sometido a tratamiento obligatorio*, en *capacidad jurídica, discapacidad, y derechos humanos*, ob. cit., p.549.

⁶⁸³ Vid, Breggin, P., *Psychiatric Drugs: Hazards to the brain*, Springer, New York, 1983.

⁶⁸⁴ Ídem, p.36.

garantizando la confidencialidad de la información relacionada de los servicios que se prestan y sin ningún tipo de discriminación”, sino que pone el acento en una de las finalidades del legislador: “la voluntad de humanización de los servicios sanitarios”⁶⁸⁵, sin embargo, no va a garantizar uno de los elementos fundamentales de la atención sanitaria, tendentes a proteger la salud: la relación de confianza entre médico y paciente⁶⁸⁶.

Podemos afirmar que progresivamente se ha ido avanzando en el tema. A modo de ejemplo diremos que, “algunas de las leyes del ámbito sanitario han sido modificadas recientemente por la ley y el real decreto de adaptación normativa a la convención en el sentido de establecer la obligación de accesibilidad de la información y de tener en cuenta la situación de la persona para la prestación del consentimiento”⁶⁸⁷.

No obstante, solamente en una de estas reformas, “se contempla expresamente la prestación de apoyos y se continúa arbitrando el consentimiento por representación, en ocasiones con especiales garantías y con especiales previsiones en relación con su participación en el proceso de toma de decisiones, en relación con las personas incapaces”⁶⁸⁸.

La legislación establece, con carácter general, que toda actuación que incida en el ámbito de la salud exige el consentimiento previo de los pacientes una vez que han recibido la información adecuada. Los pacientes tienen, además, el derecho a elegir entre las opciones clínicas disponibles o a negarse al tratamiento. Esto supone un “cambio trascendental en la relación médico-paciente, cuyo fundamento pasa del paternalismo a la autonomía, y del modelo vertical al horizontal, de modo tal que el médico ya no es dueño de la relación ni goza de una situación de superioridad sobre el paciente, sino que la relación médico-paciente se basa en la igualdad y en el respeto de la autonomía de la voluntad del enfermo”⁶⁸⁹.

Debemos además, tener presente los casos más complejos, que se traducirán en excepciones, casos en los que, según el criterio médico, debido a su estado físico o

⁶⁸⁵ González, P, y Lizarraga, E., *Autonomía del paciente, información e historia clínica*, Ed. Thomson-civitas, Madrid, 2004. (Prologo).

⁶⁸⁶ Capacidad jurídica y discapacidad propuesta para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico Español al Art.12 de la CDPD. Informe elaborado dentro del Programa *El Tiempo de los derechos*, ob. cit. p.36.

⁶⁸⁷ Ídem.

⁶⁸⁸ Ídem. 37.

⁶⁸⁹ De Lorenzo Y Montero , R., *El consentimiento informado y la relación clínica en el Derecho Español, Incidencia del Convenio Europeo español de bioética*, en Martínez Calcerrada, L, y De Lorenzo y Montero, R., *et.al.*, derecho medico, T.I, Colex, Madrid, 2011, p.6, N°8.

psíquico, una persona puede carecer de capacidad para entender la información. De esta manera para la normativa interna determinadas personas no tienen capacidad suficiente para prestar su consentimiento en el ámbito de las actuaciones médicas, siendo sustituidas por terceros. El consentimiento por representación “entra en juego en dos supuestos relacionados con el tema que nos ocupa: 1) en el caso de que el paciente, a criterio del médico, no sea capaz de tomar decisiones o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho 2) en el caso de que el paciente esté incapacitado legalmente el consentimiento lo prestará su representante legal”⁶⁹⁰.

La plasmación del nuevo paradigma de capacidad provocará cambios en la normativa interna, el cambio principal por el que se aboga consiste en “exigir la accesibilidad de la información en el ámbito clínico y de la prestación del consentimiento que podrá otorgarse en los diferentes campos por cualquier medio admitido comprensible, archivable y documentable que permita conocer la voluntad inequívoca de la persona. Tal como lo establece, el art.21 aceptar y facilitar la *utilización de la lengua de señas, el Braille, los modos, medios, y formatos aumentativos y alternativos de comunicación*.

Subrayar al respecto que, estas exigencias no deben proyectarse exclusivamente sobre las personas con discapacidad, ni sobre todos los pacientes. Se propone “la eliminación de las referencias al consentimiento por representación en relación con las personas incapaces y su sustitución por el consentimiento con apoyos (que supone el derecho general al uso, reconocimiento y prestación de apoyos y la exigencia de conformidad, en su caso, con el plan personalizado)”⁶⁹¹.

En este mismo sentido diremos que, “cuando concurren ciertas circunstancias y con especiales garantías, que dan más protagonismo al ministerio fiscal, las personas que desempeñan apoyos obligatorios pueden prestar su consentimiento en relación con tratamientos e intervenciones que afectan a las personas que no pueden conformar o expresar su voluntad por cualquier medio, respetando siempre su identidad, y, por tanto, su historia de vida y sus circunstancias personales y sociales”⁶⁹².

⁶⁹⁰ Ídem.

⁶⁹¹ Capacidad jurídica y discapacidad propuesta para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico Español al Art.12 de la CDPD. Informe elaborado dentro del Programa *El Tiempo de los derechos*, ob. cit. p. 54.

⁶⁹² Ídem.

En síntesis hay mas compatibilidades con el art.12 de la CDPD, coincidiendo en principios que son claves para la normativa internacional, como la promoción de la autonomía, y su primacía en la toma de decisiones, manifestada concretamente con art.12.3, con el establecimiento del modelo de apoyo. Si bien es cierto que este mecanismo falta desarrollarlo, podemos inferir de la legislación interna, que será el camino a seguir.

3.4.2. Sobre los modelos de capacidad

En el ámbito del *derecho del paciente*, y respecto del *consentimiento libre e informado*, hemos podido apreciar que “este se opone a la tradición paternalista de la medicina y que tiene sus raíces en la incorporación de la perspectiva del mundo jurídico al ámbito de la bioética”⁶⁹³. Tal como indica E.D. Pellegrino, “el derecho legal a la autodeterminación ha sido una poderosa restricción para el paternalismo tradicional y benévolo del médico y un impulso a la doctrina del consentimiento informado”⁶⁹⁴. Según el mismo autor esta relación (medico/paciente) ha sufrido su mayor transformación por el hecho de que la autonomía ha desplazado a la beneficencia como primer principio de la ética médica⁶⁹⁵.

Por otro lado, se pueden distinguir diversos tipos de consentimiento, en función de la forma en que se refleje o transmite⁶⁹⁶. De esta manera, el paciente deja de ser un sujeto pasivo, para transformarse en un agente informado de su propia realidad, de manera que pueda ejercer su autonomía⁶⁹⁷.

Añadiremos que, en este ámbito es donde se cometen las prácticas médicas más discriminatorias, especialmente sobre las personas con discapacidad mental, siendo un ejemplo de ello las *esterilizaciones forzosas*, que si bien son previas a una autorización judicial, la misma (según lo observado) se ve influenciada por el modelo imperante, que en este caso, no es otro que el paternalista. Seguimos viendo a la persona con discapacidad

⁶⁹³ Romañach, J., *Derechos humanos y bioética: capacidad jurídica, consentimiento y consentimiento informado*, en *capacidad jurídica, discapacidad, y derechos humanos*, ob. cit. p.615.

⁶⁹⁴ Pellegrino, E., *La relación entre la autonomía y la integridad ética médica*, en biblioteca medica bibliomed, Boletín OPS, en www.bibliomed.com/biblioteca/pahol/bietica/cap02.pdf.

⁶⁹⁵ Romañach, J., *Derechos humanos y bioética: capacidad jurídica, consentimiento y consentimiento informado*, en *capacidad jurídica, discapacidad, y derechos humanos*, ob. cit. p.615.

⁶⁹⁶ Ídem, p.616.

⁶⁹⁷ Ídem.

mental como un “deficiente”, que no sabe que es lo mejor para sí misma. Esto deberá derogarse a la brevedad posible, porque atenta contra todo derecho fundamental.

Diremos también que en este ámbito hay avances, en relación a la primacía del principio de autonomía. Esta es una constatación, de la presencia del modelo promotor, que coincide con la ley, donde se reconoce la relevancia de las decisiones que son adoptadas por el paciente. Todavía sí, quedan resabios del modelo paternalista en lo referido a la toma de decisiones, como por ejemplo la figura de la “representación”. Debemos reconocer que habrá situaciones en donde la persona no pueda por ningún medio expresar su voluntad, por tanto, aceptar la “representación” como excepción, no sería incompatible con el modelo promotor, porque también acepta dicha instancia, reconociendo lo complejo de las situaciones que pueden presentarse en este ámbito, ya no solamente con las personas con discapacidad sino también con las personas sin discapacidad.

En este ámbito es donde se refleja, incipientemente, pero con mayor notoriedad, la presencia y primacía del modelo promotor, coincidiendo muchos de sus principios con la normativa interna, en lo referente a la autonomía y a la libertad de tomar decisiones.

3.5. Evaluación de la capacidad ante los operadores jurídicos

3.5.1. Sobre el impacto

Por lo que respecta a los procedimientos judiciales, las personas que no se encuentren en pleno ejercicio de sus derechos civiles, y, por tanto, las personas incapacitadas, tienen que comparecer con la representación o asistencia exigida por la ley. En el caso de que no dispongan de la misma, se les nombrará un defensor judicial.

En este ámbito no pueden ser testigos las personas que se encuentren permanentemente privadas de razón o del uso de los sentidos respecto de los hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos no pueden ser testigos⁶⁹⁸. Entre los requisitos para ser jurado la legislación española incluye la exigencia de no estar impedido física, psíquica o sensorialmente para el desempeño de dicha función. El

⁶⁹⁸ Ídem, p.38.

incapacitado judicialmente sólo podrá otorgar capitulaciones matrimoniales con la asistencia de su representante legal y, en su caso, autorizado por el consejo de familia⁶⁹⁹.

Conviene destacar que en el sistema español los incapacitados y las personas sometidas a internamiento pueden ser privados del derecho de sufragio por la sentencia de incapacitación o resolución judicial que autorice el internamiento. Generalmente las sentencias proceden a la privación casi automática de este derecho, sin tener en cuenta la situación de la persona⁷⁰⁰. Así lo ha regulado la ley orgánica 5/1985, que La ley orgánica 5/1985, en su art.3, numeral 1, que indica que: b) los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio de derecho a sufragio, la letra C) los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento, siempre que en la autorización el juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio de derecho a sufragio.

Este es un sistema restrictivo de los derechos de las personas con discapacidad, y que no permite el acceso a las justicia a las personas con discapacidad, por tanto, provoca fricciones con los principios establecidos en el art. 12, por que no se reconoce la capacidad “procesal” a las personas con discapacidad para actuar en las relaciones jurídica, es por ello que debe realizarse modificaciones en este sistema, “en primer lugar la modificación de la regulación de la capacidad procesal en el orden civil, administrativo, laboral etc.

La justificación a estas modificaciones también la encontramos en el art.13, ya que estas se producirían con él, *fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales*⁷⁰¹. Aquí también se provoca otro impacto de gran magnitud, todavía los accesos en sus diferentes manifestaciones, no están habilitados, para que las personas con discapacidad puedan ejercer su derecho a la justicia.

En este sentido, deben incorporarse a la regulación procesal la referencia expresa al cumplimiento de las exigencias de *accesibilidad* y de *realización de ajustes razonables* y, nuevamente debe proyectarse en este ámbito, el derecho general a los apoyos y el plan

⁶⁹⁹ Ídem.

⁷⁰⁰ Ídem.

⁷⁰¹ Art.13.de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

personalizado para permitir a las personas actuar por sí mismas ante los tribunales. En este punto los jueces deben garantizar la prestación del apoyo, en su caso, y el buen funcionamiento de las medidas de apoyo⁷⁰².

Por todo ello, adquieren relevancia las actuaciones ante otras autoridades públicas, Notarios, Registradores, y funcionarios en general – para realizar actos patrimoniales, personalísimos o ejercer derechos - sobre las que, “al igual que sucede con los jueces, recae la obligación de reconocer y garantizar la prestación de los apoyos, la vigilancia de la actuación conforme con el plan personalizado y del buen funcionamiento general de estas medidas”⁷⁰³.

Por último deberán modificarse, las condiciones exigidas para poder ser jurado o testigo basadas en las deficiencias y la contemplación también en esta materia de medidas de apoyo⁷⁰⁴.

3.5.2. Sobre los modelos de capacidad

Por todo lo dicho, el rol de los *operadores jurídicos* es trascendental, ya que son los encargados de aplicar e interpretar la normativa, y dependerá de su criterio, la presencia y primacía de uno u otro modelo de capacidad.

En la legislación española, hasta ahora, se ha considerado a la persona con discapacidad “como un ser *débil*, en posición de desventaja, que precisa de una acción tuitiva, protectora (anclada en un paternalismo muy firme). La persona con discapacidad es considerada todavía, como un ser *incompleto jurídicamente*, especialmente vulnerable, que por su posición subalterna debía ser completado, integrado, protegido. Ha primado la percepción de la persona con discapacidad como ser limitado, con necesidad de tutela”⁷⁰⁵.

Como en otros órdenes de la acción pública, la Administración de Justicia, en sus relaciones con la discapacidad, se halla en un proceso de cambio de concepción y visión, más acelerado en el Derecho positivo —las modificaciones legales en la buena dirección se suceden y se sucederán más en el futuro— que en las prácticas diarias: los entornos y los procedimientos judiciales son todavía vividos como hostiles o al menos como poco

⁷⁰² Ídem, p. 55.

⁷⁰³ Ídem.

⁷⁰⁴ Ídem.

⁷⁰⁵ Cayo, L, *Discapacidad, derecho, y políticas de inclusión* Ed. Cinca, Madrid, 2010, p.88.

amigables por las personas con discapacidad. No se trata de una hostilidad deliberada, intencionada (salvo casos aislados), sino difusa, estructural, más difícil de atacar por tanto⁷⁰⁶.

Esta es la visión del modelo paternalista, que certifica la incompletud de las personas con discapacidad, que lo hace acreedor de especial protección, anulando su capacidad para ser una parte plena, un igual. De ahí, nacen un sinnúmero de limitaciones, restricciones, que aún persisten, como vestigios de paradigmas que deberán ir superándose en el ordenamiento interno, y en las mentalidades, prácticas, costumbres y hábitos que configuran la Administración de Justicia⁷⁰⁷.

3.6. Ámbito laboral: capacidad jurídica en las relaciones laborales

3.6.1. Sobre el impacto

En la legislación española se establece que pueden celebrar contratos de trabajo quienes tengan plena capacidad de obrar en el ámbito civil. En este sentido, las personas con discapacidad mental o intelectual que estén incapacitadas no pueden celebrar por sí mismas contratos de trabajos, sino a través de sus representantes⁷⁰⁸.

En nuestra normativa se establece, además, que en el caso de que una persona con capacidad limitada sea autorizada por su representante legal para realizar un trabajo, queda ésta también autorizada para ejercitar los derechos y cumplir los deberes que se derivan de su contrato y para su cesación.

Este tratamiento de la capacidad, provoca una fricción, con el paradigma del art.12, y sobre todo con el art. 5, ya que ambos proponen “el reconocimiento expreso de la prohibición de discriminación por motivo de discapacidad y la obligación de cumplir con las exigencias de accesibilidad y de realización de ajustes razonables. La regulación de la capacidad para celebrar contratos de trabajo y el ejercicio de la libertad sindical, de nuevo, tiene que contemplar el derecho general a los apoyos y los planes personalizados”⁷⁰⁹.

⁷⁰⁶ Ídem, p.89.

⁷⁰⁷ Ídem.

⁷⁰⁸ Ídem, p.39.

⁷⁰⁹ Ídem, p.56.

Se extiende este impacto al art. 27 de la CDPD, señalando que *los estados salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación...*” cuyo numeral 1 a), se conecta con el art.5, al *prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo.*

3.6.2. Sobre los modelos de capacidad

Esta exigencia de la dimensión dinámica de la capacidad es una constante del modelo paternalista, y está presente también en las *relaciones laborales y sindicales*, ya que quienes pueden contratar y ser contratados, tendrán que gozar de capacidad de obrar. Diremos que el acceso al mercado laboral de las personas con discapacidad es uno de los mayores factores de inclusión social de este colectivo, pero no es suficiente con reconocer estos derechos, sino que es necesario facilitar el acceso a los mismos⁷¹⁰. Se debe luchar contra la situación de desventaja a la que se enfrentan las personas con discapacidad en el entorno laboral, las administraciones públicas establecen una serie de políticas dirigidas a evitar esta discriminación de las mismas y a favorecer esta integración⁷¹¹.

No obstante, seguimos bajo la visión del modelo paternalista, ya que las personas mayores con discapacidad no pueden optar a un contrato de trabajo, por sí mismas, bien porque están “incapacitadas”, o porque sus “rasgos individuales” no se los permiten. Por tanto la libertad para escoger un trabajo digno, no es posible, y de esta manera la autonomía se ve restringida, y los proyectos de vida coartados de poder llevarlos a cabo.

Efectivamente, el “trato desigual, desempleo, inactividad, baja cualificación, salarios inferiores a la media, grupos dentro de la propia discapacidad con especiales dificultades de inserción, siguen siendo las notas que siempre afloran cuando se aborda esta realidad, permanente e insistentemente”⁷¹². El empleo de las personas con discapacidad, el

⁷¹⁰ Gatztelu, C, *Acción positiva, acceso y ajustes razonables para personas con discapacidad en el entorno laboral*, en 2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España, ob. cit. p.304.

⁷¹¹ Ídem, p.305.

⁷¹² Cayo Bueno, L, *Discapacidad, derecho, y políticas de inclusión*. ob.cit, p.260.

empleo digno y de calidad, el empleo decente, en suma, es una cuestión no resuelta en España, que figura como tarea pendiente en las agendas políticas, sociales y legislativas⁷¹³.

Para llevar a cabo con efectividad estos planteos, deberá plasmarse el nuevo paradigma a la brevedad, entendiendo que este es un bien de primerísima necesidad no cubierta. Así lo ha reflejado, Rafael de Lorenzo, señalando que “las políticas activas de empleo seguirán siendo necesarias, deberán incluso hacerse más intensas, más eficaces, pero si de verdad queremos afrontar con vigor el grave problema de la escasa participación laboral de las personas con discapacidad hay que cambiar de paradigma”⁷¹⁴.

Por último debemos subrayar que “el empleo no es sólo la base necesaria para la integración de las personas con discapacidad en la sociedad, sino también el factor más importante para luchar contra la pobreza de la misma”⁷¹⁵.

3.7. Legislaciones especiales

3.7.1.- Sobre el impacto

Una de las primeras leyes que trata el tema de la discapacidad en España, es la LISMI, ley de integración de los minusválidos, (ley 13/1982) advertimos por el título, una minusvaloración de la persona, enfocada en su “deficiencia”, a la que hay que proteger. La finalidad será el rehabilitar, para luego integrar. Esta visión de entrada es incompatible, y provoca fricción con los postulados de la CDPD. Mirada que es coherente con el momento de promulgación de la ley, aunque por aquella época la evolución en el marco del derecho internacional ya marcara un cambio de paradigma que no parece haber sido cabalmente receptado.

No obstante, la mencionada norma representó un avance significativo en el reconocimiento de derechos de las personas con discapacidad, que promovió medidas de

⁷¹³ Ídem, p. 260 y 261.

⁷¹⁴ De Lorenzo, R., *Discapacidad sistemas de protección y trabajo social*, en *Discapacidad, derecho, y políticas de inclusión*, ob. cit. p.257.

⁷¹⁵ Gatztelu, C, *Acción positiva, acceso y ajustes razonables para personas con discapacidad en el entorno laboral*, en *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*, ob. cit. p.305.

suma importancia en lo referente a la integración laboral, la rehabilitación, y la instauración de prestaciones económicas y sociales, y la educación.

Por último, en el ámbito de *las prestaciones de servicios sociales*, resulta muy positiva, en lo referido a la previsión que la norma realiza respecto a las medidas adoptadas, a los fines que las personas con discapacidad puedan permanecer en su entorno familiar y geográfico. De este modo “de manera indirecta y tímidamente, la ley refleja un principio que aspira a que las personas con discapacidad puedan elegir vivir una vida fuera de las instituciones, al igual que el resto de las personas, el cual ha sido denominadas *desinstitucionalización*”⁷¹⁶. De esta idea de libertad de decidir, dónde vivir, y con quien vivir, es compatible con el art.19, de la CDPD, ya que desde esta normativa, se promueve precisamente la *vida independiente*, respetando el proyecto vida que se desea llevar a cabo.

Por otro lado, la LIONDAU, 51/2003, supone un gran cambio en la manera de abordar el fenómeno de la discapacidad, ya plantea su consideración como derechos humanos, así queda de manifiesto en su exposición de motivos. Desde esta perspectiva se plantean dos estrategias novedosas que convergen en forma progresiva: la “lucha contra la discriminación”, y la “accesibilidad universal”. Además establece una serie de principios en lo que se inspira; estos son; vida independiente, normalización, accesibilidad, diseño para todos, dialogo civil y transversalidad de las políticas en materia de discapacidad. Aquí ya se pudo observar una compatibilidad con los principios y las herramientas claves de la CDPD, encontramos una consonancia con el art.12, y 5, en relación a la lucha contra la no discriminación; extendiéndose esta al art.19, promoviendo la vida independiente, y el art.8, en relación con garantizar la accesibilidad universal. Todas ellas herramientas que conducen al logro de la inclusión social de las personas con discapacidad.

Y por último, en este brevísimo repaso, la ley más reciente, la 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, que tiene como reto, según se señala en el primer apartado de exposición de motivos, “*atender las necesidades de aquellas personas que se encuentran en situación especial de vulnerabilidad requiere apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida*

⁷¹⁶ Palacios, A., *¿Modelo rehabilitador o modelo social? La persona con discapacidad en el derecho español*, en Igualdad, no discriminación, y discapacidad, Jiménez, E., Ed. Dykinson, Buenos Aires, 2006, p. 234.

diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía”. Destacamos de esta ley, que se deja de ver la dependencia como un problema individual o familiar y se la contempla como “un problema que afecta a la sociedad en su conjunto, que exige nuevas políticas públicas y una determinación de los objetivos y funciones del estado, más ajustadas a las necesidades de los ciudadanos, lo que, sin duda, implica nuevos compromisos de protección y financiación⁷¹⁷”.

Si bien esta idea de en principio no cuaja con los postulados de la CDPD, ni del art.12, creemos que es interesante, significar que para poder desarrollar la autonomía, debemos terminar con la situación de dependencia, esto quiere decir, derribar el obstáculo que impide su pleno desarrollo. Podemos decir que en este sentido igualmente habrá un impacto de menor magnitud, ya que la perspectiva con que se adopta la dependencia, no es desde el asistencialismo, si no que se reclama como un derecho. Además también en su contenido, se manifiesta medidas que promueven la autonomía de la persona, quizás en menor de presencia, pero que tienen en cierto grado compatibilidad con el art.12, ya que confluyen en esa idea.

3.7.2.- *Sobre los modelos de capacidad*

La LISMI , nació inmersa dentro de una filosofía más propia del modelo médico-rehabilitador de discapacidad. Las medidas de carácter medico se encuentran previstas por los títulos III, IV, VI, siendo destinadas a la prevención, diagnóstico, valoración y rehabilitación de la minusvalía. *La prevención* de la “minusvalía” constituye, según la ley, un derecho y un deber de todo ciudadano y la sociedad en su conjunto y forma parte de las obligaciones prioritarias del estado en el campo de la salud pública y de los servicios sociales⁷¹⁸. Esta visión medica la podemos constatar a través de lo que señala su art.1 “*Los*

⁷¹⁷ Kahele, D.T., el sistema para la autonomía y la atención a la dependencia; un estudio global, derecho y salud, 16:1, 2008, p.29-80.

⁷¹⁸ Originariamente se denominó Real patronato de Prevención y Atención a personas con Minusvalía constituido por Real Decreto, 1475/1986, de 11 de julio; el Real Patronato sobre Discapacidad se encuentra regulado por la ley 14/2000, de 29 de diciembre (medidas fiscales, administrativas y de orden social) ; su

principios que inspiran la presente Ley se fundamentan en los derechos que el artículo 49 de la Constitución...”, normativa que ya ha sido analizada, y que se fundamenta en este modelo medico-rehabilitador.

Por coincidencias de filosofía, inferimos la presencia del modelo paternalista, quien también afirma, que solo a través de la *rehabilitación* las personas con discapacidad adquieren su máximo nivel de desarrollo personal, la de “normalizarse” y como consecuencia de ello su integración en la vida social. Por tanto inferimos la presencia del modelo paternalista, al coincidir con el modelo médico-rehabilitador, en que la *prevención* y *protección* viene determinada desde el ámbito médico, por los mismos su libertad en la toma de decisiones se verá limitada, siendo un tercero quien decida por ella.

Por otro lado en la LIONDAU, observamos una incipiente apertura hacia el “modo de vida independiente”, a este principio defendido por el modelo promotor, y que para él es la *consolidación de la autonomía*, en donde podemos ver reflejado nuestros proyectos de vida. Todas las personas con o sin discapacidad pueden aspirar a esta consolidación de la autonomía, “esta es, precisamente, una de las funciones de los derechos: permitir un igual desarrollo independiente de la autonomía individual”⁷¹⁹. Sin embargo no basta con una mera declaración de intenciones, sino que “se exige el compromiso real por parte de la sociedad, de sus responsables políticos, sociales y económicos quienes deben procurar un entorno y unos servicios concebidos de tal manera que tal manera que las personas con discapacidad vivan como el resto de los ciudadanos”⁷²⁰.

Otra manifestación, de inclusión a las personas con discapacidad, lo refleja, el principio del dialogo civil que se pretende instaurar a través de su art 2 e), que exige la participación de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias en la “*elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas oficiales que se desarrollan en la esfera de las personas con discapacidad*”. Este principio tiene, además, un particular interés desde el punto de vista político, por cuanto supone la introducción en el sistema político de un instrumento típico de la democracia participativa.

Estatuto se encuentra regulado por el Real Decreto 946/2001 de 3 de agosto y se encuentra a su vez modificado por el Real Decreto 338/2004, de 27 de febrero.

⁷¹⁹ De Asís, R., *Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la capacidad desde la teoría de los derechos*, en Igualdad, no discriminación, y discapacidad, ob. cit. p.44

⁷²⁰ Palacios, A., *¿modelo rehabilitador o modelo social? La persona con discapacidad en el derecho español*, en *Igualdad, no discriminación, y discapacidad*, ob.cit, p.248.

Como lo ha señalado Enrique Conejero, la teoría de la democracia participativa-que surge antes de las insatisfacciones generales por las deficiencias de la democracia liberal pura- se presenta como “un intento de combinar adecuadamente el principio de representación con el incremento de la participación política de los ciudadanos” ⁷²¹; Esto significa que la adopción de decisiones políticas se realice mediante un proceso de deliberación, entendiendo por deliberación la “la toma colectiva de decisiones con la participación de todos los que han de ser afectados por la decisión, bien por sus representantes”⁷²².

Diremos que hay una intención manifiesta de la LIONDAU, de incluir a las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la vida. Sin embargo perviven en su interior elementos del modelo paternalista. Esta afirmación la comprobamos a través del ejemplo del concepto de discapacidad que, según la ley, se basa en una cuestión “numérica”. Si bien la definición de discapacidad resulta mucho más fácil de precisar, siendo la primera vez que de forma general se reconoce el porcentaje del 33 % para ser considerado persona con discapacidad, lo que constituye un avance importantísimo desde la perspectiva de la seguridad jurídica, este es el mismo objetivo sobre el que descansa, el modelo paternalista.

Destacar de que la LIONDAU, perdió la oportunidad de introducir una nueva definición de discapacidad que acogiera la evolución vivida a nivel internacional, o esbozar un concepto de la misma que resaltara en mayor medida la discriminación, ya que la definición de discapacidad tiene importantes efectos morales y legales⁷²³.

Por tanto debemos decir sobre esta ley, que subyacen en ella dos modelos en su interior, por un lado la presencia del modelo promotor que es incipiente, reflejado en el manejo de los mismos principios, que no se manifiestan plenamente con la eficacia necesaria. Y por otro lado podemos comprobar la presencia del modelo paternalista, por la coincidencia del concepto de discapacidad que manejan, y también por la presencia del concepto de “dependencia” que refleja una visión sobreprotectora respecto de las personas con discapacidad, por ser “deficientes”, esta mirada limitará el ejercicio de los derechos y a su vez la libertad de tomar sus propias decisiones.

⁷²¹ Conejero, E., *Globalización, gobernanza local y democracia participativa*, en *cuadernos constitucionales de la cátedra Fadrique Furio Ceriol*, Valencia, 52-53(2005), p.25 y 26.

⁷²² Ídem.

⁷²³ Palacios, A., *¿Modelo rehabilitador o modelo social? La persona con discapacidad en el derecho español*, en *Igualdad, no discriminación, y discapacidad*, ob.cit, p.265.

Por último, en la ley 39/2006, constatamos la presencia del modelo promotor, ya que por un lado si bien se promueve la autonomía por otro, se regulan las situaciones de dependencias.

El modelo promotor, en sus postulados también reconoce que pueden presentarse situaciones de dependencia en el ámbito de la discapacidad, subrayando que esta situación debe ser vista como un “derecho subjetivo”, más que un instrumentos de acción propio de lo que se conoce como “beneficencia pública”, sino derechos exigibles.

No es un contrasentido lo dicho, ya que desde este lugar también se puede promover la autonomía, primero satisfaciendo las necesidades básicas de la persona con discapacidad, para luego potenciar efectivamente la autonomía, son pasos “copulativos”, que exigen de la asistencia, incluso en la vida cotidiana. Es aquí donde esta ley “puede presentar vacíos, ya que estas personas pueden demandar un determinado tipo de servicio no contemplados (apoyos para ir de compras, visita al médico, a hacer papeleos, a realizar actividades de ocio apropiadas a la edad, a coger medios de transporte etc.). Debemos subrayar que no hay personas dependientes sino hay personas en situación de dependencia”⁷²⁴.

⁷²⁴Ramiro, M.A., *La institucionalización de las personas con discapacidad en la ley 39/2006, de “promoción de autonomía personal, y atención a las personas en situación de dependencia”*, ob.cit. p.288.

IV. ESTUDIO SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS INTERNOS: ARGENTINA

1. PROCESO DE INCORPORACIÓN DE LA CDPD AL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO

La Convención se incorporó al Derecho argentino a través de la Ley 26.378 promulgada el 6 de junio de 2008. No hubo reserva ni declaración interpretativa por parte de Argentina. Para el ordenamiento de este país, el tratado es un acto complejo federal⁷²⁵, por cuanto en su celebración intervienen los poderes ejecutivo y legislativo de la nación.

En sede *internacional*, es el poder ejecutivo nacional quien negocia y ratifica los tratados. Así, el actual artículo 99 de la constitución argentina (conforme a la reforma de 1994), en su inciso 11 establece que el poder ejecutivo nacional, “*concluye y firma*⁷²⁶ *tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras...*”. Este párrafo concuerda con el anterior artículo 86, inciso 14⁷²⁷, destacándose que en su nueva redacción se amplió su ámbito de aplicación al evitar hacer referencia al objeto de los tratados; además se incluyeron los celebrados con las organizaciones internacionales.

En el ámbito *interno*, la constitución nacional, exige que los tratados con las naciones extranjeras sean aprobados por el congreso de la nación, tal como prescribe el reformado artículo 75, en el inciso 22: “*aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa*

⁷²⁵ Así lo confirmó la jurisprudencia de la C.S.J.N. en el caso “Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros”, del 07/07/92, considerando 17º del voto de la mayoría (en La Ley, Tomo 1992-C, p. 54).

⁷²⁶ El término concluir ha sido empleado por nuestros constituyentes como sinónimo de negociar, ya que como acertadamente manifiestan De la Guardia y Delpech: “no podría pensarse que el Presidente concluyera en el sentido de expresar el consentimiento definitivo y luego firmara”, ob. cit. p. 511.

⁷²⁷ Anterior texto del art. 86, inc. 14: “Concluye y firma tratados de paz, de comercio, de navegación, de alianza, de límites y de neutralidad, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las potencias extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules”.

Sede”. También en este artículo se hace referencia a las organizaciones internacionales, a diferencia del anterior artículo 67, inc. 19⁷²⁸.

Por lo tanto, para el derecho argentino, la celebración de los tratados comprende las siguientes etapas: negociación, adopción y autenticación del texto (por el poder ejecutivo nacional, –generalmente a través de la cancillería–; aprobación del texto (efectuada a través de una ley del poder legislativo nacional) y ratificación (acto que realiza el poder ejecutivo – presidente de la nación–).

Resulta imprescindible destacar que la aprobación que realiza el congreso nacional en el orden interno –por medio de una ley– es sólo un paso intermedio en el proceso de conclusión de los tratados, previo a la ratificación en el ámbito internacional y, por ende, no implica la incorporación de los mismos al derecho interno⁷²⁹. Cuando el poder legislativo aprueba (el texto del futuro tratado –o del tratado, en el caso de adhesión–), solamente está dando conformidad para que el poder ejecutivo se obligue posteriormente en base a dicho texto (o con las reservas que se indiquen). Luego el poder ejecutivo nacional, podría ratificarlo o no, ya que se encuentra dentro de sus facultades. Hasta ese momento, sólo es un tratado inconcluso, no obligatorio, puesto que aún el estado argentino no ha prestado su consentimiento en obligarse. Los tratados adquieren fuerza obligatoria recién a partir de su entrada en vigor⁷³⁰, y para que esto ocurra se deben dar dos requisitos: 1º) que el tratado se encuentre en vigor y 2º) que el estado se haya obligado –por ejemplo a través de la ratificación o adhesión–, ello sin perjuicio de la obligación de no frustrar el objeto y fin del tratado antes de su entrada en vigencia, prevista en el artículo 18 de la Convención de Viena de 1969⁷³¹.

Una vez ratificado (o adherido) por acción del poder ejecutivo, el tratado se incorpora automáticamente al derecho, sin necesidad de ser receptado o transformado a

⁷²⁸ Anterior texto del art. 67, inc. 19: “Aprobar o desechar los tratados concluidos con las demás naciones y los concordatos con la Silla Apostólica; y arreglar el ejercicio del patronato de toda la Nación”.

⁷²⁹ G. Moncayo, R. Vinuesa y H. Gutiérrez Posse, *Derecho Internacional Público*, t. I, Ed. Zavallia, Buenos Aires, 2ª reimp. (1987), p. 64.

⁷³⁰ Conforme con los arts. 26 de las Convenciones de Viena de 1969 y de 1986: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

⁷³¹ El art. 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 enuncia: “Un estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y fin de un tratado: a) Si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado; o b) Si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el período que precede a la entrada en vigor del mismo y siempre que ésta no se retarde indebidamente”. Este artículo es coincidente con el art. 18 de la Convención de Viena de 1986.

través de una ley u otro acto interno formal. Si ello no fuera así, y consideráramos que el tratado es transformado en derecho interno por una ley, esto derivaría en el absurdo de existir dos normas jurídicas: el tratado, que sería válido para el derecho internacional, y la ley del congreso, obligatoria en el orden jurídico argentino⁷³².

Por lo expuesto, es incorrecto asimilar al tratado internacional con la ley interna aprobatoria, ya que el tratado y la ley son dos fuentes de derecho autónomas y distintas (de lo contrario a la constitución nacional, no haría referencia a los “tratados” sino solamente a las “leyes”).

Así mismo es incorrecto confundir al acto internacional de “ratificación” con la ley interna que lo aprueba, tal como erróneamente lo han establecido tribunales argentinos en numerosos precedentes⁷³³. Además, dicha ley aprobatoria no puede tener la función de incorporar el tratado.

En cuanto a la jerarquía de la convención, en el derecho internacional se reafirma que dicho orden prevalece sobre el interno. Así, la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los tratados, en el artículo 27 establece que *“una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”*

⁷³² Cfr. J. Barberis, “La Relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la República Argentina”, en Jornadas sobre los Sistemas internacionales de Protección Jurídica de la Persona Humana, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Buenos Aires (1991), p. 19.

⁷³³ En el caso “Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A.” del 11/12/84 (L.L., T° 1985-B, p. 114 y ss.), se hace referencia a “... la Convención Americana de Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, ratificada por ley 23.054...” (consid. 4° del voto de los Dres. Caballero y Belluscio); “toda vez que está en vigencia la ley 23.045, que ratifica la Convención Americana de Derechos Humanos, y cuyo instrumento de ratificación ha sido oportunamente depositado...” y “el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, cuyo proyecto de ley ratificatoria...” (consid. 8° del voto del Dr. Petracchi). En el caso “Campillay, Julio C. c/ La Razón y otros” (C.S.J.N., del 15/05/86, en L.L. T° 1986-C, p. 411 y ss.) también se hace referencia a la Convención Americana de Derechos Humanos “... ratificada por la ley 23.054...” en el considerando 4° del voto de la mayoría. En el caso “Capalbo, Alejandro C.” (C.S.J.N., del 29/08/86, en L.L. T° 1986-D, p. 582 y ss.), los Dres. Caballero y Fayt en su voto en disidencia hacen la siguiente referencia: “... la Convención Única de Estupefacientes de 1961 de las Naciones Unidas (ratificada por decreto-ley 7672/63: ley 16.478)...” (consid. 8°). En el caso “Eusebio, Felipe E. s/ sucesión” (C.S.J.N., del 09/06/87, en L.L., T° 1987, p. 335 y ss.), el Procurador General de la Nación expresa: “La aprobación exteriorizada de la ley 23.054 no ha podido tener otro sentido, pues, que el de ratificar la asunción de ese compromiso por parte de la República, es decir, el compromiso de adecuar su legislación a los principios contenidos en la convención” (p. 340). En el caso “Jáuregui, Luciano A.” (C.S.J.N., del 15/03/88, en Rev. L.L. del 21/10/88, p. 3 y ss.), la Corte expresaba: “Cabe agregar, en tal sentido, que el requisito previsto en el art. 8°, apart. 2°, incl h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ratificada por la ley 23.044)...” (consid. 6° del voto mayoritario y consid. 6° del voto del Dr. Petracchi). En el caso citado “Sánchez Abelenda c/ Ediciones de la Urraca” (causa S-454.XXI, del 01/12/88), el Juez de primera instancia hace referencia al derecho de réplica diciendo “que a partir de la sanción de la ley 23.054 [EDLA, 1984-22], que ha ratificado la Convención Americana sobre derechos humanos... tal garantía ha quedado consagrada normativamente...” (según surge del considerando 3° de la sentencia de la C.S.J.N.), no siendo tal imprecisión advertida por el Tribunal Supremo. Asimismo la C. Nac. Civ., Sala A, repite el error en el considerando 4° de su sentencia de fecha 03/03/88 (Rev. L.L. del 25/04/88, p. 7).

(idéntico principio adopta la Convención de 1986 referente a los tratados con organizaciones internacionales), ello sin perjuicio de que la violación manifiesta de una norma de fundamental importancia del derecho interno relativa a la manifestación del consentimiento del Estado, pueda dar lugar a la nulidad relativa del tratado (conforme al art. 46 de las citadas convenciones), algo poco común.

La resolución 2625/XXV de la asamblea general de las naciones unidas (de 1970) enuncia el siguiente principio: *“Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidos”*. Esta disposición se refiere no sólo al derecho internacional convencional sino que abarca también el derecho consuetudinario. Por su parte, el proyecto sobre responsabilidad internacional del estado elaborado por la comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas, incorporó en su artículo 32 (titulado “Irrelevancia del derecho interno”) que *“el estado responsable no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de la presente parte”*. Asimismo, el artículo 3 del mencionado instrumento prescribe que *“a calificación del hecho del estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno”*. Esta primacía del derecho internacional sobre los ordenamientos internos de los estados es corroborada por la jurisprudencia internacional⁷³⁴.

Así también, al parecer lo ha interpretado el artículo 31 de la constitución nacional argentina, en donde se establece que, *“...las leyes de la nación que en su consecuencia se*

⁷³⁴ La Corte Internacional de Justicia, al igual que otros tribunales internacionales, sostuvo en numerosos casos la primacía del derecho internacional. Por ejemplo, en el asunto de las “Pesquerías anglo-noruegas” afirmó que la delimitación de las zonas marítimas no podía depender de la voluntad del Estado ribereño expresada en su derecho interno, sino que su validez frente a otros Estados dependía del derecho internacional; cfr. I.C.J. Reports 1951, p. 132. Recientemente, dicho tribunal constató, en el caso “La Grand”, que los EE.UU. habían violado las obligaciones prescriptas en el art. 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, en perjuicio de dos personas de nacionalidad alemana que habían sido detenidas en territorio norteamericano, sin informarles sobre sus derechos de asistencia consular, impidiendo así que el Estado alemán pudiera brindar la protección adecuada a sus ciudadanos. Al respecto, EE.UU. argumentó que no podía reparar tal omisión volviendo las cosas al estado anterior, como pretendía Alemania, es decir, anulando el proceso penal que culminó con la condena a muerte de los hermanos Karl y Walter La Grand, invocando la aplicación de su derecho interno: la denominada regla o doctrina del “procedural default”. La C.I.J. concluyó que, la aplicación de la regla del “procedural default” en este caso particular, había impedido efectivizar los derechos establecidos por la Convención de Viena, produciendo, en consecuencia, la violación del art. 36 del mencionado tratado, generándose así la responsabilidad internacional de EE.UU.; cfr. Caso “La Grand” (Alemania c. EE.UU.), fallo del 27/06/91, parág. 91 <<http://www.icj-cij.org/>...>.

dicten por el congreso y los tratados con las potencias extranjeras son ley suprema de la nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales...". Esta disposición otorga a la constitución, las leyes de la nación y los tratados internacionales rango de "ley suprema de la nación"⁷³⁵, prevaleciendo sobre el ordenamiento provincial, sin establecer jerarquía alguna entre ellos (puesto que si el orden en que se encuentran enunciados implicara preeminencia, tendría que haberse explicitado en la misma norma). Al respecto, Gros Espiell, manifiesta que la expresión "Ley Suprema" en constituciones de estados federales, como son México y la Argentina, no significa que tengan los tratados una jerarquía superior a las leyes federales, sino que la constitución, las leyes federales y los tratados ratificados y en vigor, forman el conjunto normativo que asegura la supremacía federal respecto de las constituciones y legislaciones de los estados federados o de las Provincias"⁷³⁶.

En este aspecto, la reforma de 1994 produjo modificaciones notables al texto constitucional, si bien se mantuvieron inalterados los artículos 27, 30 y 31. Por una parte, se distinguen distintas categorías de tratados: según su objeto (sobre derechos humanos, sobre integración, para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, de carácter político) y según los sujetos intervinientes (tratados con estados de Latinoamérica, con otros estados, con organizaciones internacionales⁷³⁷, concordatos con la Santa Sede).

Además, esta reforma, desde la perspectiva de los derechos humanos, realiza el gran aporte de incorporación en el art.75, inc.22, una serie de tratados de derechos humanos⁷³⁸,

⁷³⁵ Aquí no se utiliza la palabra "ley" en sentido estricto, en la acepción de "ley formal", o sea, haciendo referencia al acto emanado de una legislatura, sino que se la emplea como sinónimo de norma jurídica, es decir la conducta debida (o prescripta) por el derecho, en su acepción de "ley material".

⁷³⁶ Cfr. H. Gros Espiell, "Los Tratados sobre Derechos Humanos y el Derecho Interno", en Temas de Derecho Internacional en Homenaje a Frida M. Pflirter de Armas Barea, R. Vinuesa (edit.), Fundación del Centro de Estudios internacionales de Buenos Aires (1989), p. 62.

⁷³⁷ Al respecto Rey Caro considera que hubiera sido más adecuado haber agregado con "otros entes internacionales", dado que "la dinámica de las relaciones internacionales está signada por la participación en la vida internacional no solo de los Estados y las organizaciones internacionales, sino también de otros entes a los cuales se les reconoce subjetividad internacional, algunos de larga existencia ya como la Soberana Orden de Malta o la Cruz Roja Internacional (más precisamente el Comité), y otros surgidos en razón de realidades y circunstancias más recientes, como los movimientos de liberación nacional", cfr. E. Rey Caro, "Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Argentino. Consideraciones sobre la Reforma Constitucional", en Los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional, M. Lerner, Córdoba (1995), p. 36.

⁷³⁸ Reza el texto : "La declaración Americana de los derechos y deberes del hombre ; La declaración universal de derechos humanos; la convención Americana sobre derechos humanos; el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, y su protocolo

que pasan a formar parte de ella y, en consecuencia, se convierten en ley suprema. Muchos de ellos, aun cuando no se refieran explícitamente a las personas con discapacidad, resguardan sus derechos.

A primera vista pareciera que a partir de dichos párrafos, que la cúspide de la pirámide jurídica, actualmente se encuentra compartida por la constitución nacional, las dos “declaraciones” y nueve tratados sobre derechos humanos, enunciados taxativamente (jerarquía comparable con la Constitución peruana de 1978, que en su artículo 105 preceptúa que “los tratados relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional”). Sin embargo, la referencia a que dichos instrumentos no derogan artículo alguno de la primera parte de la constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos, así como la vigencia de los artículos 27 y 30, nos lleva a interpretar que siguen prevaleciendo los principios de derecho público constitucionales por sobre todo tipo de tratados, puesto que esa es la condición que deben cumplir incluso los tratados sobre derechos humanos para gozar la llamada “jerarquía constitucional”.

En realidad, dicha expresión podría significar que estos tratados sobre derechos humanos son superiores a toda otra norma inferior a la constitución, puesto que está bien claro que los tratados “no derogan artículo alguno de la primera parte de la constitución” y, además, tampoco se previó la posibilidad de contradicción entre las normas de un tratado con aquélla (aunque ello no quita la posibilidad de que en el futuro la jurisprudencia pueda hacer prevalecer las cláusulas de este tipo de tratados por sobre la Constitución misma)⁷³⁹.

En definitiva pareciera que la única innovación consiste en darle un contenido concreto al artículo 33 de la constitución nacional, cuyos derechos y garantías no

facultativo; la convención sobre la prevención del delito de genocidio; la convención internacional sobre la eliminación de toda forma de discriminación racial; la convención internacional sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer; convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, Inhumanos o degradantes; la convención sobre los derechos del niño; en las condiciones de su vigencia, tiene jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta constitución y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el poder ejecutivo, nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara. Los demás tratados y convenciones de derechos humanos luego de ser aprobados por el congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara para gozar de la jerarquía constitucional”

⁷³⁹ Sobre las distintas interpretaciones que la doctrina ha dado al respecto, ver Rey Caro, E., “Los tratados internacionales sobre derechos humanos en la Constitución Argentina”, en Héctor Gros Espiell *Amicorum Liber*, v. II, Bruylant, Bruselas (1997), p, 1290-1291.

enumerados quedarían explicitados por vía de estos tratados (aunque el art. 33 deja abierta la posibilidad de considerar en el futuro otros derechos no contemplados actualmente).

Además, la constitución nacional le otorga al congreso mandato de “*legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad*”⁷⁴⁰. De este modo las personas con discapacidad forman parte de los grupos considerados vulnerables que requieren una particular atención de la legislación interna⁷⁴¹.

En la convención constituyente del año 1994, la ubicación de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico y en especial la de los tratados de derechos humanos generó grandes debates. Finalmente, la constitución mantuvo supremacía por sobre los tratados, con la excepción de los tratados de derechos humanos de aquél momento y los que luego se celebraron (de acuerdo al procedimiento establecido en el art. 75 inc. 22) los cuales obtienen jerarquía constitucional.

El artículo 75 inc. 22 de la constitución Argentina declara que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes; enumera una serie de convenciones sobre derechos humanos a las que reconoce jerarquía constitucional, bajo determinadas condiciones y efectos; dispone los requisitos de la denuncia de estos tratados y habilita la jerarquización constitucional de otros tratados de derechos humanos, bajo ciertos recaudos.

Es decir que, en el caso de que la política internacional de la República Argentina aconseje otorgar jerarquía constitucional a otros tratados o convenciones de derechos humanos, no se requiere proceder a la reforma constitucional, ya que el art. 75 inc. 22 establece un procedimiento especial para ello. En efecto, el/la presidente de la Nación puede negociar y firmar aquéllos tratados; a su turno el congreso puede aprobarlos en trámite ordinario; luego el poder ejecutivo deberá iniciar los trámites de ratificación. Con ello la convención respectiva ingresará al derecho positivo argentino por sobre las leyes, pero por debajo de la Constitución. Si el Congreso decide otorgarle jerarquía constitucional

⁷⁴⁰ Artículo 75, inc.23. De la Constitución Nacional Argentina.

⁷⁴¹ Fara, L., *Análisis de la normativa nacional orientadas a las personas con discapacidad, en Políticas sobre la discapacidad* en Argentina, Acuña, C. y Bulit Goñi, G. (compiladores), Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, p.133 y 134.

deberán reunirse dos tercios de los miembros totales de cada cámara para votar afirmativamente.

Esta reforma constitucional dispuso expresamente que todos los tratados están por encima de las leyes, sean bilaterales, multilaterales; acuerdos de integración o concordatos con la Santa Sede. Salvo en el caso de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. Los que no tienen jerarquía constitucional, están por debajo de la ley suprema y en consecuencia, son susceptibles de control de constitucionalidad desde la perspectiva del derecho interno.

Desde esta perspectiva, los tratados de derechos humanos tienen jerarquía constitucional y no derogan artículo alguno de la primera parte de la constitución, es decir que los tratados y la constitución nacional son compatibles. Asimismo deben de entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos en ella, esto es que los derechos reconocidos en los tratados constituyen un plus que se adiciona a los declarados en el orden interno. Si el alcance de aquéllos fuera menor, prevalece el derechos interno o, por el contrario, el del tratado que otorgue mayor protección.

En el caso de la CDPD, debe aclararse que al aprobarse el tratado no se le otorgó jerarquía constitucional, por lo que actualmente tiene jerarquía supralegal (por debajo de la Constitución pero por encima de las leyes). Es importante destacar que a la fecha se ha anunciado por parte del gobierno la intención de otorgarle jerarquía constitucional.

Ya la constitución nacional de 1853 había consagrado, en el Artículo 31, el carácter de “ley suprema” de los tratados internacionales, aún cuando su ubicación jerárquica normativa debía dilucidarse a la luz del sistema jurídico argentino, incluidos los artículos 27 y 67 de la misma Constitución.

2. PANORAMA GENERAL DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO RESPECTO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SUS POSIBLES FRICCIONES CON LA CDPD.

La nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según lo establece la constitución nacional. Actualmente, está dividida en 24 jurisdicciones (23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que es la sede del gobierno nacional). Contiene un sistema de derecho privado: Continental europeo, de base romanista⁷⁴². Para los fines de nuestro estudio, el ámbito de análisis se ceñirá a la normativa nacional (aplicable a todo el territorio).

En general, “existe un amplio consenso en que en el marco normativo nacional, más allá de la diversidad de los modelos conceptuales que supone y de algunas denominaciones que requieren ser revisadas, reconoce derechos y protege formalmente a las personas con discapacidad simultáneamente, ese acuerdo incluye la convicción de que, en los hechos, lo que predomina es un importante incumplimiento de la ley”⁷⁴³. Este incumplimiento en la práctica se debe a “un marco normativo, que es el resultado de iniciativas que han ido acumulándose en el tiempo a partir de distintas perspectivas conceptuales”⁷⁴⁴. Cuando se mira el conjunto, se hacen evidentes algunas inconsistencias en relación con la orientación de la política que amparan. Estas inconsistencias son las que provocaran las presuntas fricciones, entre ambos ordenamientos.

Para desarrollar este apartado, seguiremos la misma metodología utilizada en el estudio del ordenamiento español, o sea, solamente nos dedicaremos a describir desde una perspectiva general la normativa interna, en relación a los derechos de las personas con discapacidad. Dicha descripción nos permitirá advertir las posibles fricciones que se produzcan al interior del ordenamiento argentino, ciñéndonos a enunciar aquellas fricciones de mayor intensidad, siempre desde una perspectiva de los derechos humanos.

Comenzaremos este recorrido por la norma de mayor jerarquía en el ordenamiento Argentino, que es la constitución nacional, antes de ello, tenemos que aclarar, que debido al modelo de estado argentino, perviven más de una constitución en su interior, siendo la

⁷⁴² De Lorenzo, R., Cibra, M.A., Castro-Girona, A., Soto-Ruiz, J., (directores), Cuaderno nº 1 Argentina colección capacidad jurídica y discapacidad, Proyecto a cargo de FUTUEX, Madrid, p.69.

⁷⁴³ Fara, L., *Análisis de la normativa nacional orientadas a las personas con discapacidad*, en *Políticas sobre la discapacidad* en Argentina, Acuña, C. y Bulit Goñi, G. (compiladores), ob.cit, p.125.

⁷⁴⁴ Ídem.

constitución nacional la de mayor jerarquía, estando las demás subordinadas a aquella, en cuanto a su ámbito territorial de aplicación y en cuanto a su interpretación.

Numerosos artículos de la constitución nacional (arts. 16,17, 19,33, 41, 43, y 75, inc.22) y normas inferiores reconocen el derechos a la igualdad, protegen a las personas con discapacidad, establecen garantías no discriminatorias (art.75. inc.22) y amparan la diferenciación para la igualdad (art 75.inc.23)⁷⁴⁵. En este sentido, importante subrayar que los derechos de las personas con discapacidad alcanzan explícitamente rango constitucional con la reforma de 1994⁷⁴⁶.

En principio según lo observado, no habría incompatibilidad con la CDPD, ya que aquí se protege con rango constitucional a las personas con discapacidad, se promueve la igualdad material y la lucha contra la no discriminación, principios transversales que también subyacen en la CDPD. Si bien es cierto, no encontramos en su interior la noción de discapacidad, inferimos según lo visto, un acercamiento, más que un distanciamiento con la CDPD.

Ciertamente será en el ámbito civil donde se reflejará más claramente esta fricción, específicamente en la *personalidad y capacidad jurídica*, ya que será en este espacio, donde encontraremos las limitaciones a la capacidad, además de la sustitución de la voluntad, siendo este ordenamiento como ya lo adelantábamos un sistema civil, continental europeo.

En el sistema civil argentino se denomina *capacidad de derecho* a la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones. Esta aptitud la tienen todos los hombres. Sin embargo no siempre se trata de una aptitud absoluta⁷⁴⁷. Mientras que la capacidad de hecho se define como la aptitud legal de una persona para ejercer por sí los derechos de los que es titular⁷⁴⁸. Para el código civil argentino, (en adelante CCA), la capacidad de obrar de aquella es la regla: “*le son permitidos todos los actos y todos los derechos que no fuesen*

⁷⁴⁵ La ley discriminatoria describe el acto discriminatorio, que puede ser obra de una persona, grupo o sector social, y que resulta difícil de identificar por que el imaginario social suele encubrirlo, y de ese modo no se alcanza a tipificar la conducta antidiscriminatoria que la ley condena. El art.1° de la ley 23.592/88 dispone que “quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio, sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la constitución nacional, será obligado a pedido del damnificado a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y reparar el daño moral y material ocasionados”

⁷⁴⁶ Fara, L., Análisis de la normativa nacional orientadas a las personas con discapacidad, en Políticas sobre la discapacidad en Argentina, Acuña, C. y Bulit Goñi, G. (compiladores), ob.cit. p.127.

⁷⁴⁷ Borda, A. (director), La capacidad, en la persona humana, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001, p.167.

⁷⁴⁸ Rivera, J., instituciones del derecho civil, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, p.136.

expresamente prohibidos, independientemente de su calidad de ciudadano y de su capacidad política” (art.53, CCA). Según lo dispuesto por el CCA, las personas mayores de edad -desde los dieciocho años, conforme a la nueva redacción del art.126, CCA, recientemente reformado por el ley 26.579- son plenamente capaces de hecho, salvo declaración judicial que disponga una inhabilitación o una incapacidad de obrar por sí solas; es decir, conforme al encuadre normativo tradicional, las personas por nacer, los menores de edad, y las personas declaradas incapaces de obrar, son reputadas ineptas para ejercer, modificar, o perder una relación jurídica, aunque capaces para ser titulares de esta relación⁷⁴⁹.

Estas disposiciones legales vetustas-exigen urgente revisión conforme al imperativo normativo de la CDPD- han sido justificadas tradicionalmente (al igual que la española) en la necesidad de procurar el amparo de personas “incompletas”, con el fin de “sortear su incapacidad de obrar mediante la actuación de los representantes legales enumerados en el art. 57. Del CCA, (padres, tutores, curadores) y la intervención del ministerio público pupilar”⁷⁵⁰.

Como ya habíamos advertido, es aquí donde se provoca la fricción de mayor intensidad entre los dos ordenamientos, por ello se hace necesaria una urgente adecuación del sistema interno, revisar el concepto de capacidad jurídica y el modelo de sustitución, contrarios al modelo de apoyo y al principio de igualdad en el ámbito de la capacidad que subyace en el art.12, de la CDPD.

Otro bloque de posible colisión, es el referido a las actuales restricciones al *derecho a la libertad y seguridad individual*, por razón de discapacidad. Diremos que en el ordenamiento argentino, se permite la internación, como una medida privativa de la libertad, aun en contra de la voluntad de la persona, de conformidad, al art. 14, 15 y 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, de la ley de salud mental 26.657. Los pacientes tienen derecho a que su tratamiento se cumpla en una institución⁷⁵¹ siempre y cuando este sea un paso terapéutico

⁷⁴⁹ Mosset, J., *Contratos*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1978, p.193.

⁷⁵⁰ Loyarte, D., la noción de incompetencia en el marco de la bioética. Su aplicación a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos, ob, cit., p.580.

⁷⁵¹ Señala Cárdenas que el primer derecho de un enfermo mental que requiere internación es poder hacerlo. Ver. Cárdenas, E., Grimson, R y Álvarez, José., *El juicio de insania y la intervención psiquiátrica*, Buenos Aires, Astrea, 1985.

pertinente⁷⁵² y la alternativa menos restrictiva de la libertad: nunca la privación de la libertad debe ser un fin en sí mismo.

El problema que se presenta en muchos países, no solamente en Argentina, es que la falta de programas y servicios comunitarios adecuados lleva a recurrir innecesariamente a instituciones para dispensar atención y tratamiento a las personas con enfermedades mentales. La internación en esas instituciones “generalmente obedece menos a la afección clínica del paciente que a la falta de otra opción. Una vez en la institución, debido a la misma falta de opciones en la comunidad, los pacientes permanecen internados mucho tiempo después que se hayan estabilizado su condición psiquiátrica y cuando podrían vivir en la comunidad si se dispusiere de servicio de apoyo adecuados”⁷⁵³. En algunas instituciones hay pacientes internados desde hace mucho tiempo sin ningún diagnóstico fiable de enfermedad mental, simplemente por falta de otras opciones”⁷⁵⁴.

Se torna evidente que “en estos espacios de privación de libertad, es donde se producen las mayores violaciones de los derechos de las personas con discapacidad mental, y se producen debido a la existencia misma del sistema manicomial de institucionalidad y segregación”⁷⁵⁵.

Bajo este contexto, es complicado el control sobre estas arbitrariedades, ya que “no existen suficientes mecanismos de supervisión independiente que aseguren al monitoreo efectivo de las condiciones de internación y tratamiento en las instituciones, el que resulta indispensables para asegurar la protección de los derechos de las personas internadas”⁷⁵⁶.

En este ámbito también se provoca una colisión con la CDPD, específicamente con los arts.14, y 19, ya que el primero reafirma los derechos de las personas con discapacidad a la libertad personal en igualdad de condiciones con las demás, y el segundo, promueve la vida independiente, o el derecho a elegir dónde y con quien vivir.

⁷⁵² La falta de aplicación práctica de las disposiciones legales sobre atención psiquiátrica y salud mental, principalmente debida a la carencia de estructuras asistenciales adecuadas y de acceso real al sistema de salud, fue señalada por la conferencia de caracas. Ver, Organización panamericana de la salud, reestructuración de la atención psiquiátrica, bases conceptuales y guías para su implementación, editores: González, R y Levav, I., Washington, 1991.

⁷⁵³ Kraut, A., *Salud mental*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, p. 512.

⁷⁵⁴ Ídem.

⁷⁵⁵ Amendolaro, R., ingreso y permanencia involuntaria de las personas con discapacidad en centros de internación. Su viabilidad a la luz de la convención, en capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos, Bariffi, F, y Palacios, A. (coordinadores), ob. cit., p.517.

⁷⁵⁶ Ídem.

A propósito de lo anterior, nos preguntamos ¿cuál será la responsabilidad de la persona con discapacidad en el ámbito penal? El ordenamiento argentino en este ámbito, contiene una mirada medica-paternalista, ya que la “enfermedad mental” que el texto penal reconoce, supone la posibilidad de excluir o atenuar la responsabilidad criminal del sujeto que la sufre, -por falta de capacidad psíquica que le hubiera permitido adecuar su conducta conforme a esa comprensión de la anti juricidad- queda exento de responsabilidad criminal, ya que madurez (edad), conciencia (comprensión) y autonomía (libertad) son los presupuestos de la inimputabilidad concebida como capacidad de culpabilidad⁷⁵⁷.

Luego, las medidas de seguridad post delictuales, han sido descritas como “penas que se imponen en razón de características del autor que no guardan relación con la culpabilidad del acto ni con el contenido del injusto del delito, sino que guardan su fundamento en la peligrosidad del autor”⁷⁵⁸. Dichas medidas “constituyen una reacción ante la comisión de un ilícito penal por una persona declarada inimputable por su discapacidad físico social o intelectual y su regulación en el ordenamientos interno debe adecuarse a las directrices de la CDPD”⁷⁵⁹.

Por tano diremos que, la legislación argentina está aún lejos de cumplir con los principios establecidos en la CDPD, en materia de protección contra la detención arbitraria o inadecuada, y no garantiza que el derecho a que la voluntad de la persona forme parte indiscutible del proceso.

Otro de los ámbitos en donde posiblemente se produzca una fricción de menor intensidad sí, es el de la salud. Específicamente en el tema de la autonomía del paciente, se ha podido comprobar que hasta ahora, existía una relación unilateral entre médico y paciente, fundada en una visión paternalista, en donde las decisiones estaban subordinadas al dictamen del profesional de la salud. Esta situación con el tiempo ha ido cambiando, es así como, en la propia ley 26.529, sobre el derecho del paciente, tiene como finalidad garantizar con mayor eficacia el principio de autonomía, “*al paciente internado le asiste el derecho a ser informado sobre su diagnostico y sobre el tratamiento más adecuado y menos riesgoso, así como para prestar su consentimiento para llevarlo a cabo, y, a*

⁷⁵⁷ Ídem, p.537.

⁷⁵⁸ Ídem.

⁷⁵⁹ Villanueva, C., *Los derechos de las personas con discapacidad psicosocial o intelectual declaradas inimputables en un proceso penal. Una mirada a la luz de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Revista pensamiento penal, Argentina, núm.4. Buenos Aires, 2013.p.122. www.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/05/ddhh02.pdf.

revocarlo si así lo desea”⁷⁶⁰. Diremos entonces que el acceso a la información y la entrega clara de la misma, son requisitos necesarios para democratizar la toma de decisiones que a todos nos afectan⁷⁶¹.

Sin embargo, se presentan situaciones de excepción, que deben de ser también reguladas. De esta manera, el art.4, señala que, en *“el supuesto de incapacidad del paciente o imposibilidad de comprender la información a causa de su estado físico o psíquico, la misma será brindada a su representante legal o, en su defecto, al cónyuge que conviva con el paciente, o a la persona que, sin ser su cónyuge, conviva o esté a cargo de la asistencia o cuidado del mismo y los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad”*.

Aquí se presenta una fricción con la CDPD, respecto a la figura de la “representación”, ya que es incompatible con el modelo de apoyo, que tiene como objetivo potenciar la autonomía con el apoyo de un asistente. Así, “para corregir este antiguo sistema que desplaza la participación del propio interesado e incluso la presume innecesaria, la doctrina y jurisprudencia nacional argentina-a tono con las legislaciones extranjeras modernas, y ahora de conformidad con las disposiciones de la CDPD, -viene desde hace algún tiempo ampliando en la medida de lo posible el espacio de libertad de la persona con discapacidad mental, favoreciendo el respeto por la autonomía de la voluntad de esta sin descuidar la necesidad de su protección”⁷⁶².

Otro bloque que es muy relevante para el llevar a cabo los proyecto de vida de las personas con discapacidad en el de el ámbito laboral, en relación a la capacidad para contratar, y al parecer hay límites en cuanto a su ejercicio, ya que para contratar hay tener capacidad legal, por tanto, las personas con discapacidad mental y sensorial, hasta ahora no podrían celebrar un contrato de trabajo por sí mismas, sino a través de su representante, estos límites a la autonomía son contrarios a lo que establece, el art.12, y a su vez, del art.27 ambos de la CDPD.

⁷⁶⁰ Kraut, A., *Salud mental*, ob. cit. p.509,

⁷⁶¹ Loyarte, D., *La noción de incompetencia en el marco de la bioética. Su aplicación a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, en *capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, Palacios, A. y Bariffi, F., (coordinación) ob. cit., p.583.

⁷⁶² Cifuentes, S., tutela de los enfermos mentales, en revista La Ley, 2005-A-1051; Kraut, A., *Salud mental*, ob. cit. Ver también las conclusiones de las XXII Jornadas nacionales de Derecho civil, Comisión V, celebradas en córdoba, Argentina, 23/25 de septiembre.

Por último, en este breve repaso por la normativa interna, cabe mencionar la ley 22.431(1981), una de las primeras leyes que se preocupa por dar una protección integral a las personas con discapacidad; y sus modificatoria, números 23.876 (1990) y 25.634 (2002), que incorporan una estructura jurídica de protección integral de las personas con discapacidad *“tendiente a asegurar a estas su atención medica , su educación y su seguridad social, así como concederles las franquicias y estímulos que permitan en lo posible neutralizar las desventajas que la discapacidad les provoca, y les den oportunidad , mediante su esfuerzo , de desempeñar en la comunidad un rol equivalente las que ejercen las personas normales”*. Hasta hoy constituyen el marco organizador del esquema de respuesta estatal a la problemática de la discapacidad. Al parecer esta protección a pesar de ser integral, en su interior, se manifiesta una visión medico-rehabilitadora, que contradice la propuesta del modelo social, que subyace en toda su extensión en la CDPD.

3. IMPACTO DEL ARTÍCULO 12 Y LA PRESENCIA DE LOS MODELOS DE CAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO.

La ratificación de la Convención por parte de la Argentina a través de la ley 26.378, (2008) genera la obligación de implementar una serie de medidas esenciales para hacer efectiva su aplicación, dado que la realidad local se encuentra alejada de los estándares fijados por el nuevo paradigma de capacidad. En este sentido, mientras que el sistema judicial argentino se basa en un modelo tutelar de incapacitación que sustituye a las personas con discapacidad mental y sensorial, en la toma de sus decisiones, el modelo social propone un sistema de “toma de decisiones con apoyo”.

Así, en lugar de privar al individuo de su capacidad legal e instalar un tutor o curador para que cuide sus intereses, reforzando su pasividad, deben crearse condiciones que ayuden a que la persona pueda obrar con impulsos propios. Uno de los principios que guían esta metodología supone asumir la dignidad del riesgo y del derecho a transitar por el mundo con todos sus peligros y posibilidades⁷⁶³. En última instancia, la adopción de este paradigma demandará reformas legislativas que avancen en la eliminación del instituto de

⁷⁶³ Ver. Tina Minkowicz, “La capacidad legal inherente y la toma de decisiones con apoyo”, ponencia presentada en la conferencia regional “Implementación de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en Latinoamérica: asociaciones, estrategias y acción”, ciudad de México, México, 15 y 16 de abril de 2008.

la interdicción, reemplazándolo por un sistema que garantice el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad con los apoyos que requieran en cada situación⁷⁶⁴.

Una de las adecuaciones más necesarias sobre este tema consiste en “revisar el concepto de capacidad jurídica en el sistema legal interno, toda vez que el reconocimiento efectuado por el art.12 de la CDPD apunta ya no a la capacidad de derecho de las personas con discapacidad sino a la capacidad de hecho, o sea, al ejercicio de los derechos; materia pendiente en buena parte de los sistemas legales del mundo, incluida la Argentina que aún mantiene regulaciones antiguas, restrictivas, poco flexibles y discriminatoria. En definitiva, se impone efectivizar el cambio de paradigma en este punto respecto de las personas con discapacidad sobre todo la intelectual”⁷⁶⁵.

Todo ello obliga, a reinterpretar las normas legales existentes para garantizar mediante “acciones positivas” el goce “efectivo” de los derechos conforme a los modernos estándares de los derechos reconocidos⁷⁶⁶, y a diseñar un nuevo camino jurisprudencial ante los incumplimientos, y vulneraciones de los derechos y garantías de las personas con discapacidad.

De lo visto hasta aquí, podemos inferir que sí habrá un impacto con el ordenamiento interno, la magnitud del mismo la comprobaremos, una vez que conozcamos cuál es el tratamiento de la capacidad al interior del sistema jurídico. Para cumplir con este objetivo, transitaremos a través de nuestro estudio, por distintos ámbitos del derecho Argentino, enfocándonos en el ámbito civil, específicamente en la *personalidad y capacidad jurídica*, entendiendo, que será aquí, (al igual que en el español) donde se generen las más intensas colisiones, por ser este el espacio donde reside la noción de capacidad jurídica, para luego continuar con nuestro análisis en otros campos del derecho interno. Comenzamos nuestro recorrido por la norma de mayor jerarquía, la constitución.

⁷⁶⁴ El presente capítulo ha sido elaborado por Roxana Amendolaro, del Equipo de Salud Mental del CELS, y Mariano Laufer Cabrera, del Área de Litigio y Defensa Legal del CELS. Colaboraron el Equipo de Salud Mental del CELS, Paula Litvachky, del Programa Justicia Democrática del CELS, Diego Morales, del Área Litigio y Defensa Legal del CELS, y Alison Hillman, de Mental Disability Rights International (MDRI) .p.3.

⁷⁶⁵ Loyarte, D., *La noción de incompetencia en el marco de la bioética. Su aplicación a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, en *capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, Palacios, A. y Bariffi, F., (coordinación), ob. cit. p. 578 y 579.

⁷⁶⁶ Lloveras, N. y Salomon, M., *El derecho de familia desde la constitución nacional*, Ed. universidad, Buenos Aires, 2009, p.456-477.

3.1. La Constitución

3.1.1. *Sobre el impacto*

La carta magna Argentina, otorga jerarquía constitucional al conjunto de normas contenidas en los tratados y declaraciones allí expresamente enumerados, es así como, en el art.75, inc.22 expresa que “este bloque normativo “humanitario” introducido en la constitución nacional Argentina por la reforma de 1994- más conocido como “bloque de constitucionalidad federal”- modifica sustancialmente el derecho argentino, pues obliga a adecuar toda su legislación conforme los estándares internacionales de los derechos humanos”⁷⁶⁷.

Este sería un gran avance, que favorecerá la plasmación de la CDPD en el ordenamiento Argentino, “sin embargo, y a pesar de contar con leyes modernas, aún existen grandes deudas pendientes para que sea efectivo el mandato constitucional dispuesto por el art.75, inc.23, que es la de promover medidas de “acción positiva” que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de sus derechos, en particular de la franja más vulnerable de la sociedad argentina (entre ellas, a las que se refieren a niños, mujeres, ancianos, y personas con discapacidad)”⁷⁶⁸. Tendremos que reconocer la intencionalidad, que reflejan sus principios de consolidar a la brevedad esa garantía constitucional.

Por otro lado, debemos destacar la materialización de esta garantía a nivel constitucional, teniendo en cuenta que, de acuerdo con el texto constitucional, cualquier forma de discriminación es una de las causales para que el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones de defensores de derechos estén habilitados a interponer recurso de amparo, tal como lo dispone el art.43, ante la situación de incumplimiento a las que antes se hizo mención, estos se convierten en una herramienta fundamental, para el colectivo de la discapacidad. Ahora bien, al mismo tiempo, es importante considerar que, desde el punto de vista de la organización institucional, sería deseable generar condiciones de

⁷⁶⁷ Loyarte, D., *La noción de incompetencia en el marco de la bioética. Su aplicación a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, en *capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, Palacios , A. y Bariffi, F., (coord.), ob. cit. p.577

⁷⁶⁸ Ídem, p.78.

resguardo efectivo de los derechos y no convertir en habitual un instrumento que debería ser excepcional.

Según lo observado, hay una consonancia entre ambos ordenamientos, más que un distanciamiento, por los siguientes motivos: en primer lugar, que la CDPD, tiene un reconocimiento en la normativa interna, como “ley suprema” y supralegal. En segundo lugar, esta jerarquía, se ve reflejada en una protección efectiva de los derechos y garantías de conformidad al art.43, a través de la acción de amparo, por motivos de discriminación. Está consonancia, con el al art.5, de la CDPD, que promueve la no discriminación por motivos de discapacidad. En tercer lugar, el art.57, icn.23, “*promueve medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre los derechos humanos*”, estos principios son compatibles con los del art. 12 de la CDPD, siendo esta normativa, el eje promotor del ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que los demás.

Sin embargo, la constitución nacional no maneja una noción de discapacidad, no estando claro cuál es el tratamiento que se le da en este ámbito. Por tanto la carta magna debería añadir en su contenido normativo, el concepto de discapacidad que subyace en la CDPD. Podemos inferir sí, de los principios que se adoptan la normativa constitucional, que dicha noción se encuentra tácitamente manifestada, a través de los principios vistos.

3.1.2.- Sobre los modelos de capacidad

El art.75, icn.23, “*garantiza la igualdad de oportunidades, pleno goce y ejercicio de los derecho*”, todos principios, que están en consonancia con el modelo promotor, ya que el mismo, promueve la igualdad material para acceder al ejercicio de los derechos, fomentando el desarrollo de la personalidad. La normativa constitucional, al igual que el modelo promotor, “*intentan derribar las concepciones tradicionales y asistencialistas en materia de discapacidad*”⁷⁶⁹.

Por tanto la integración de las personas con discapacidad “es un mandato constitucional que impone el acceso a la igualdad real de oportunidades. Las medidas de

⁷⁶⁹ Cisternas, M.S., *Las obligaciones internacionales para los estados partes en virtud del artículo 12. De la CDPD, vínculos con el artículo 13 e impacto en el derecho interno, en discapacidad, capacidad jurídica y derechos humanos*, Palacios, A., y Bariffi, F(coord.) ob,cit.,p.243.

acción positiva a cargo del estado adquieren, en el tema de la discapacidad, el carácter de preceptos impostergables”⁷⁷⁰. Según esto, se continúa en consonancia con el modelo promotor, ya que uno de sus objetivos, es la plena inclusión de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la vida, en igualdad de condiciones que los demás.

También podemos constatar la presencia del modelo promotor, a través del art 43, de la carta magna, ya que en él, se garantiza la igualdad y se promueve la lucha contra la discriminación a través de la acción de amparo. Esta se interpone, cuando se produce algún trato discriminatorio por parte de alguna autoridad pública o particulares. Subrayaremos aquí que uno de los postulados del modelo es la lucha por la no discriminación por motivos de discapacidad.

Esta garantía deberá complementarse con el reconocimiento de la capacidad jurídica por parte del ordenamiento interno, para que las personas con discapacidad puedan tener acceso (directo) en propia persona, a las acciones que se quieran presentar, al momento en que produzca el hecho sancionador.

Es cierto que en la práctica estos preceptos a los cuales hemos hecho referencia quizás no han sido efectivos, ya que a pesar de la protección constitucional, los derechos fundamentales de las personas con discapacidad siguen siendo violados sistemáticamente.

De una u otra manera se ve presente el modelo promotor, ya que los principios coinciden, y en este ámbito hay una tendencia al reconocimiento del ejercicio de los derechos y libertad de poder decidir, independiente de la discapacidad que se tenga.

3.2. Ámbito Civil

3.2.1. Régimen general de personalidad y capacidad jurídica

3.2.1.1. Sobre el impacto

Presumimos que en este ámbito, es donde se producirá el impacto de mayor envergadura, (al igual que en el español) debido a las distintas miradas que tienen ambos ordenamientos respecto de la capacidad y la discapacidad, provocado por las distintas fuentes en que sustentan.

⁷⁷⁰ Kraut, A., *Salud mental*; tutela jurídica, ob. cit. p.50

Para el derecho civil argentino, la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, la regulación de estos conceptos es escasamente flexible. Esto queda reflejado en el art. 52 del código civil argentino (en adelante CCA), que señala que *las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones. Se reputan tales todos los que en este código no están expresamente declarados incapaces*. Claramente, para el CCA, hay ciertas personas que son incapaces en virtud de la ley, lo que es posteriormente confirmado por el art. 54 del CCA, que señala que tienen incapacidad absoluta (i) las personas por nacer; (ii) los menores impúberes; (iii) los dementes; (iv) Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito. Por el interés de nuestro estudio nos centraremos en las incapacidades de los dos últimos ítems, que están directamente relacionadas con el tema en discusión.

Según, la legislación argentina, es “demente” la persona que no tenga aptitud para dirigir su persona sea o administrar su bienes (art.141, CCA.) pero para que una persona sea considerada “demente” se necesita que la demencia sea verificada previamente y declarada por juez competente (art.141, CCA). El demente es un incapaz absoluto, según art.54, inc.3º, CCA. Que deberá ser representado por el curador que se designe (art. 57, inc. 3º, CCA.)⁷⁷¹.

La situación de las personas con discapacidad sensorial, “sordas o sordo mudas”, es similar a las personas con discapacidad mental y a sus normas se remite el código civil (arts.153/8). Son, por tanto, “incapaces” absolutos que deben ser representados por un curador y no pueden celebrar contratos por sí (arts.54, inc.4º, 57, inc.3º, y .1.160, CCA) ni testar⁷⁷². (arts.3617, CCA)

De esta manera “la normativa civil argentina determina en forma rígida que las personas judicialmente declaradas “insanas” subsanan la incapacidad de obrar decretada en la sentencia mediante la actuación de sus curadores para “suplir” a sus representados en la celebración de actos que comprometen a la persona o bienes de éstos, por ende, los actos realizados por los interdictos no tienen ningún valor si no cuentan con la intervención del representante legal (arts. 472, 473, y 1041, del CCA)”⁷⁷³.

⁷⁷¹ Ídem.

⁷⁷² Borda, G., (director) *La persona humana*, autoría colectiva, Ed.La Ley, Buena Aires, 2004, p.17.

⁷⁷³ Loyarte, D., la noción de incompetencia en el marco de la bioética. Su aplicación a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos, Palacios, A. y Bariffi, F., (coord.), ob. cit. p.586 y 587.

Podemos observar un tratamiento distinto de la capacidad, al que se maneja en el art.12, de la CDPD, incluso contrapuesto, es por ello que este impacto es de gran intensidad. El concepto de capacidad jurídica traído por la CDPD “es más amplio, puesto que contiene la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones, pero también implica, la capacidad de ejercer esos derechos o de asumir obligaciones a través del impulso propios de sus decisiones”⁷⁷⁴.

El reconocimiento íntegro de esta nueva noción de capacidad, “trae el respeto por la subjetividad de cada persona. El derecho a la diferenciación y no a la diferencia, imponen a que los estados parte modifiquen la normativa interna a los fines de validar el paradigma impuesto por la CDPD. Lo cierto es que este paradigma aparece colocado en crisis al modelo actual que aún se mantiene respecto de las personas con discapacidad intelectual, y sensorial, representados en un proceso tutelar de interdicción”⁷⁷⁵.

Además, la utilización de la expresión “demente”, o “disminuidos en sus facultades mentales”, puede, a luz de los desarrollos psicopatológicos, resultar inapropiada, al menos ambigua. Porque lo que importa para el derecho no es la causa (enfermedad que padece el sujeto), sino los efectos de la misma en cuanto al cuidado de la persona y de la administración de sus bienes.

En otras palabras, protege a aquellas personas cuya mente está debilitada, configurando, la afección un estado permanente sin que exista una perdida, total de la razón⁷⁷⁶, enfermos mentales no psicóticos, que si bien conservan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes, el ejercicio de su plena capacidad puede resultar desvalidos para su persona y su patrimonio⁷⁷⁷.

De esta manera, al parecer el CCA, delimita la “demencia” con un criterio no estrictamente medico o biológico, sino atendiendo a las consecuencias que la patología mental genera en la persona. La legislación civil argentina adopta un criterio *medico-*

⁷⁷⁴ Iglesias, M, G., El juicio de capacidad ante los operadores jurídicos y sociales, en capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos, Palacios, A. y Bariffi, F., (coord.), ob. cit., p.424.

⁷⁷⁵ Ídem.

⁷⁷⁶ CNCiv., Sala E, agosto 3-988, ED, 130-623; (ídem, agosto 10-988) ED, 130-622.

⁷⁷⁷ CNCiv., sala H, octubre 28-993. La ley, 1995-B-527. Las enfermedades mentales psicóticas están incluidas en el ámbito del art. 141 del CCA. Las no psicóticas, en cambio, pueden encuadrar en aquella norma o en causal de inhabilitación contempladas en el art.152 bis inc.2° de dicho ordenamiento según la incidencia de la enfermedad mental en la vida de relación del afectado. Así, cuando acarrea una falta de aptitud para Administrar o dirigir a una persona, quedan comprendidas en el art.141, en tanto que si dicha enfermedad sólo resulta el riesgo o presunción de que el afectado realice actos perjudiciales, es de aplicación el último artículo. (CNCiv., Sala B, mayo 8,1997).

jurídico o mixto, justificándose la interdicción por la “ineptitud para la vida jurídica que genera la enfermedad mental”⁷⁷⁸. Así, para fundamentar la incapacitación civil, “no basta el declarar la dolencia mental, si ésta no incide de manera grave en la aptitud para dirigir su persona y sus bienes”⁷⁷⁹. Al dar este paso, los que defienden que la neurociencia debe tener un mayor papel, sientan las bases de su iniciativa, consistente en explicar el comportamiento humano en términos causales, mecánicos o no volitivos⁷⁸⁰.

Sin embargo, este criterio “mixto” es cuestionado, ya que el proceso de “insania”, está determinado por los rasgos de identidad de la persona, o sea, por criterios médicos, (dimensión cognitiva) tal es así, que “cuando una persona entra en esta categoría, luego de cumplir con la disposición del art.142 del CCA, (“la declaración judicial de demencia no podrá hacerse sino a petición y luego el examen de facultativos”), se tramita un proceso complejo, donde la presunción de incapacidad “tiñe” las etapas probatorias. Las medidas que se adoptan como resguardo imponen el desapoderamiento de los bienes y la prueba con escasa participación del sujeto como parte activa del proceso, gira en torno a la pericia psiquiátrica, pericia que es la reina del proceso”⁷⁸¹.

Además se legisla el tema bajo común denominador del “demente” cuando trata la “incapacidad” de las personas afectadas por patologías mentales. La inexactitud de este término se ha remarcado desde hace ya tiempo, señalándose la imposibilidad de su utilización general para todas las afecciones, por ser la demencia una categoría más entre tantas y variadas patologías.

Esta es otra de las incompatibilidades con los principios que subyacen en el art.12 de la CDPD, que causaría otro impacto de gran magnitud. Como ya lo hemos dicho reiteradamente, la incapacitación implica la sustitución de una voluntad por otra. Mientras que desde el art.12, se propone un nuevo modelo, que es el de apoyo para consolidar el pleno goce de la capacidad jurídica.

Esta nueva mirada, trae como consecuencia el reconocimiento de la persona con discapacidad como sujeto de derecho, “este reconocimiento de la personalidad jurídica significa para el sujeto, ubicarse, posicionarse en la ley. Conlleva el concepto de capacidad jurídica universal, el que debe fortalecer el diseño de estrategias que posibiliten la

⁷⁷⁸ Rivera, J., Civil I, 2º Ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p.431.

⁷⁷⁹ Cámara Civil San Martín causa 28.342, sentencia del 7/8/1990 (base de datos JUBA)

⁷⁸⁰ Ídem.

⁷⁸¹ Iglesias, M, G., El juicio de capacidad ante los operadores jurídicos y sociales, en capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos, Palacios, A. y Bariffi, F., (coord.), ob. cit. p.427.

personalidad y la capacidad de ejercicio. Es por todo ello, que surge la necesidad de implementación de los apoyos, que en la modificación legislativa de los estados modificaría también el abordaje judicial. La legitimidad, la igualdad, la dignidad, la honra de las personas se traducirán en el ejercicio pleno de su personalidad y de su capacidad jurídica, sin que obste su condición de discapacidad”⁷⁸².

Si bien es cierto, que ha habido un esfuerzo por parte del ordenamiento argentino en modificar la normativa interna para adaptarla a los principios estipulados en la CDPD, estos no han sido suficientes. Esto lo podemos comprobar, en las observaciones realizadas por el comité de derechos sobre las personas con discapacidad de la ONU, (de conformidad al art.35 de la CDPD) manifiestan su preocupación por la situación que se mantiene en Argentina respecto del tratamiento de la capacidad. Estas muestras de inquietud se hacen extensivas también al proyecto de reforma, y unificación del código civil y comercial argentino, que se está llevando a cabo en la actualidad.

El comité expresa su máxima preocupación por las inconsistencias observadas tanto en parte de la legislación vigente, como en los proyectos de ley en actual tramitación en el estado parte, que se basa o continúa basándose en el modelo sustitutivo de la voluntad de la persona, en clara contradicción con el artículo 12 de la Convención⁷⁸³. Le preocupa también la resistencia por parte de algunos operadores judiciales para poner en práctica la normativa que establece limitaciones a la discrecionalidad judicial para restringir la capacidad jurídica de las personas con discapacidad⁷⁸⁴.

Por esto, el comité urge al estado parte a la inmediata revisión de toda la legislación vigente que, basada en la sustitución de la toma de decisiones, priva a la persona con discapacidad de su capacidad jurídica. Al mismo tiempo, lo insta a que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplace el régimen de sustitución en la adopción de decisiones por el apoyo en la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona⁷⁸⁵. Le recomienda además la puesta en marcha de talleres de capacitación sobre el modelo de derechos humanos de la discapacidad dirigida a jueces con

⁷⁸² Ídem.

⁷⁸³ Examen de los informes presentados por los estados partes en virtud del art.35 de la convención. Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad octavo periodo de sesiones, ginebra, 17 a 28 de septiembre de 2012, p.4.

⁷⁸⁴ Ídem.

⁷⁸⁵ Ídem.

la finalidad de que estos adopten el sistema de apoyo en la toma de decisiones en lugar de la tutela y la curatela⁷⁸⁶.

Por la misma razón, es que insta al estado parte a que el proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial elimine la figura de la interdicción judicial y que garantice en dicho proceso de revisión la participación efectiva de las organizaciones de personas con discapacidad⁷⁸⁷.

De lo planteado, podemos concluir que, desde el punto de vista del derecho internacional, supone un incumplimiento de una obligación estipulada en un tratado de derecho humanos en vigor y ratificado por Argentina. Por ello es necesario eliminar la figura de la incapacitación. El sistema de apoyos está previsto para reemplazar el modelo de curatela/incapacidad y no para coexistir como una herramienta marginal o excepcional para circunstancias especiales, como queda planteado en el actual proyecto de reforma y unificación.

En este ámbito es donde se produce el impacto de mayor intensidad, por todo lo que significa para el ordenamiento interno, remover los cimientos de la institucionalidad civil vigente, y adoptar nuevos paradigmas e instalar nuevos mecanismos de resguardo, desde una mirada de los derechos. Estas modificaciones deberán realizarse, para plasmar en plenitud el modelo social, y el modelo de apoyo que subyace en el CDPD.

Por último decir, que también esta normativa impacta con otros artículos de la CDPD, irradiando, al art.5 de la CDPD, que promueve la lucha contra la no discriminación en razón de la discapacidad. También se colisiona con el art. 3 de la CDPD, al verse vulnerado bajo este sistema, la dignidad y la autonomía individual de la persona con discapacidad. Extendiéndose esta fricción al art. 8 de la CDPD, ya que el sistema civil interno, justifica la restricción de los derechos, en los estereotipos, en los prejuicios y en la prácticas nocivas que limitan el ejercicio de los derechos, todo lo contrario de lo que se manifiesta en esta normativa.

⁷⁸⁶ Ídem.

⁷⁸⁷ Ídem.

3.2.1.2. Sobre los modelos de capacidad

En cuanto al tratamiento de la capacidad, “en el derecho privado y en el sentido gramatical del término, las personas con discapacidad intelectual no son sujetos pero si objeto de las relaciones jurídicas; el derecho privado se propone protegerlas y cuidar de ellas; pero apartándolas cuidadosamente de sí. El clásico modo de la ilustración, “todos por ellas, pero desde luego sin ellas”⁷⁸⁸.

Esta justificación de la primacía del principio de protección, se fundamenta desde la mirada médica-rehabilitadora, y es determinante para comprobar la presencia del modelo paternalista, ya que “dentro de esta lógica jurídica adoptada por el CCA, sólo se valora la “enfermedad”. Este concepto determinado como enfermedad opuesto a salud, desconoce y no incluye conceptos de subjetividad, diversidad, limitación y barrera social”⁷⁸⁹.

Dentro de esta visión, el juez no valora en general las condiciones relacionales ni la interacción del sujeto con la sociedad mas allá de la patología que haya sido peritada por los profesionales psiquiatras⁷⁹⁰. Debemos de subrayar a propósito de lo dicho, que el “*informe médico*, no puede ser tomado como la prueba excluyente, sino como una *prueba diagnóstica*, que debe tamizarse con el reconocimiento de la calidad de la persona, autónoma, individual, y única del sujeto peritado”⁷⁹¹.

Alfredo Kraut, señala claramente el defecto observado en muchas sentencias judiciales que no sólo siguen con ligereza el dictamen médico, si no que incurren en el vicio de no detallar el nexo causal entre el diagnostico patológico y la imposibilidad de quien lo sufre de administrar su patrimonio o atender a su persona, teniendo consecuencias trascendentales para la vida de la persona, “se olvida que una incapacidad innecesaria es el camino hacia una incapacidad definitiva”⁷⁹².

⁷⁸⁸Marín, C., Los poyos de la capacidad jurídica de obrar de todas las personas con discapacidad, en capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos, Palacios, A, y Bariffi, F., ob. cit. p.385 y 386.

⁷⁸⁹ Iglesias, M.G., capacidad jurídica; el juez y el marco de actuación ante los derechos de las personas con discapacidad frente al proceso de interdicción, en capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos, Palacios, A, y Bariffi, F., ob. cit. p. 428.

⁷⁹⁰ Fallo de la cámara nacional civil, Sala C, del 20/03/1992, “banco Irving Austral SA c/ B.J. de D, “JA, 1993, 2, síntesis LL 1992-E-242 y DJ 1993, I-488). Cit, en Fama, M., Herrera, M. y Pagano, L., Salud mental en el derecho de familia, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p.197.

⁷⁹¹ Iglesias, M.G., capacidad jurídica; el juez y el marco de actuación ante los derechos de las personas con discapacidad frente al proceso de interdicción, en capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos, Palacios, A, y Bariffi, F., ob. cit. p. 433.

⁷⁹² Kraut, A., los derechos de los pacientes, Ed. Albelo Perrot, Buenos Aires, 1997, p 334.

La interpretación restringida de la autonomía, la presencia de la institución de la incapacidad, y del modelo de sustitución, son manifestaciones inequívocas de la presencia del modelo paternalista. La balanza se inclina por el principio de protección, anulando por completo el principio de autonomía, confirmando la tesitura del “todo” o “nada.

3.2.2. Instituciones de protección y representación

3.2.2.1. Sobre el impacto

Como se ha podido observar en el apartado anterior, está claro entonces que, un “demente” que ha sido declarado tal no puede celebrar actos jurídicos por sí, y podrá hacerlo exclusivamente, a través de sus representantes (art.1.160, CCA.). Si de todas formas el “demente” celebrara el acto jurídico, éste será nulo pues el vicio es manifiesto (surge de la mera comprobación de la interdicción decretada) y de la nulidad relativa, toda vez que su sanción es en exclusivo, interés de las partes⁷⁹³.

El código civil Argentino, regula el régimen jurídico de “incapacidad” de las personas “dementes y sordomudas que no saben darse a entender por escrito” mediante la designación por el juez de un representante que sustituye al declarado incapaz y que lo representa en todos los actos de la vida civil, sin su participación⁷⁹⁴. La única flexibilidad introducida a este régimen es la “inhabilitación” regulada en el artículo 152 bis del CCA, (introducido por el decreto ley, 17.711/1968), que contempla los casos de embriaguez habitual, uso de estupefacientes, de quienes se encuentran disminuidos en sus facultades mentales sin llegar a la demencia y de los considerados pródigos⁷⁹⁵. En estos supuestos se debe designar un curador para el inhabilitado para asistirlo, para convalidar sus actos actuando conjuntamente.

El actual sistema establece para los “enfermos mentales” la plena capacidad, o su contrario, la incapacidad total (se puede todo o nada), formulación a todas luces

⁷⁹³ Se ha sostenido, sin embargo, que a nadie puede exigirse que antes de celebrar un contrato pida un informe al registro civil para determinar la capacidad de su co-contratante. Fundado en ello se ha postulado que el acto es nulo pero que el tercero co-contrante tiene la posibilidad de probar que esa nulidad no le es oponible, si acredita que la “demencia” no era notoria y que el acto fue oneroso (Borda, G., Tratado de derecho civil, parte general-I, ed. Perrot, 12° edición, N° 544.

⁷⁹⁴ Arevalo, J. y Rajmil, A., La nueva capacidad jurídica sobre la igualdad y capacidad de las personas, en Congreso internacional sobre discapacidad y derechos humanos, Buenos Aires, 2010, p.10 y 11.

⁷⁹⁵ Ídem.

insostenibles⁷⁹⁶. La ley establece quiénes pueden pedir la declaración de demencia (art. 144 CCA) pero no prevé la intervención del propio interesado, con lo que desde el inicio se le resta participación y protagonismo⁷⁹⁷. El juez nombra al curador del interdicto según un orden imperativo establecido por nuestra ley, prescindiendo de su participación (arts. 476, 477 y 478 CCA).

La Obligación central del curador, consiste en procurar que el “incapaz” recupere su salud mental-su capacidad- , “y a este objeto se han de aplicar con preferencia las rentas de sus bienes” (arts. 42 y 75 del CCA). En el curador y en el magistrado recae el derecho a la salud mental, precepto de raíz constitucional (art, 42, y 75, inc.22 Constitución Nacional). Pero será preciso ahora hacer efectivos estos derechos, darles operatividad, ya que la sola norma los relega a una función de derechos virtuales⁷⁹⁸.

Podemos observar que el sistema legal argentino en esta materia, más allá de la terminología arcaica y discriminatoria empleada, está muy lejos de proteger los intereses y los derechos del declarado jurídicamente incapaz y se aparta ostensiblemente de los actuales conceptos de la ciencia jurídica, de la medicina y de otras disciplinas sobre la igualdad y los derechos fundamentales de las personas en situación de vulnerabilidad. Eduardo Cárdenas afirma que el régimen jurídico capacidad/incapacidad ha estallado con las nuevas normas de derechos humanos, ya que no es posible sostener que alguien debe ser informado y escuchado y que debe tenerse en cuenta lo que dice, *si es un incapaz absoluto*⁷⁹⁹.

Aquí, se presenta otro impacto con el art.12, de significativa magnitud, ya que, contraviene sin dudas la normativa de la CDPD, al no admitir el ejercicio de la capacidad jurídica de manera adecuada a las aptitudes reales del sujeto. Desde esta normativa se promueven y establecen los mecanismos de apoyo para el pleno goce de la capacidad jurídica, buscando potenciar la autonomía, a través del ejercicio de los derechos. Este impacto también irradia al art.19 de la CDPD, ya que este promueve lo que se conoce como la “vida independiente”, dejando atrás, la “sustitución”, la dependencia de “otro”, para

⁷⁹⁶ Cabe mencionar, empero, un pronunciamiento firme dictado por el entonces juez Eduardo Cárdenas, quien señaló un camino diferente en la protección de las capacidades residuales, de las personas afectadas mentalmente.

⁷⁹⁷ Arevalo, J. y Rajmil, A., La nueva capacidad jurídica sobre la igualdad y capacidad de las personas, en Congreso internacional sobre discapacidad y derechos humanos, ob. cit. p.10 y 11.

⁷⁹⁸ Kraut, A., *salud mental: tutela jurídica*, ob. cit. p. 160.

⁷⁹⁹ Cárdenas, E, Cimadoro, J, Herscovici, M, Montes, P, Irene Beatriz., *La escucha del niño en el proceso judicial de familia*, Ed. La Ley 2007, Buenos Aires, p.1132.

poder desarrollar un proyecto de vida propio, se plantea desde esta postura, dar los apoyos a la vida activa, luchar por la eliminación de la visión negativa de la “dependencia”. Estos planteamientos progresistas de la CDPD, provocan un cambio, que significan fomentar, la responsabilidad y la libertad de poder decidir sobre su propio plan de vida.

La concepción de protección se ve filosóficamente modificada, habiendo una protección integral de la persona, proporcionada de conformidad a su deficiencia, de manera que se proporcionan los mecanismos necesarios, en la medida que la persona los requiera. De ello dependerá la intensidad de los apoyos (así mismo lo ha establecido el art. 12.3).

3.2.2.2. Sobre los modelos de capacidad

La sentencia de la incapacitación provoca la anulación de la voluntad de la persona que es incapacitada, o sea el “incapaz”, no podrá realizar ninguna actuación en las relaciones jurídicas por sí, tanto las patrimoniales como las personales, un tercero que sustituye su voluntad será quien se encargue de llevar a cabo sus deseos y preferencias.

Esta máxima del “todo o nada” es un síntoma inequívoco de la presencia del modelo paternalista, “siendo tajante en cuanto a su protección y representación legal (art.57, inc3, CCA.). Esta rigidez, no se vincula con la realidad de las personas con discapacidad mental, por cuanto la capacidad de éstas para realizar actos jurídicos varía notablemente a lo largo de la vida”⁸⁰⁰. Además, restringir totalmente la capacidad de obrar de una persona física- y nombrar a otra para sustituirla- conspira contra la recuperación del afectado: el derecho tiene, a veces, efectos iatrogénicos⁸⁰¹.

Se confirma la presencia y el predominio del modelo paternalista, a través del tratamiento de la discapacidad, (visión rehabilitadora), anulando la autonomía y la participación en la toma de decisiones (modelo de sustitución). La primacía del principio de protección, (procedimiento de incapacitación) es uno de los elementos inequívocos de dicha presencia.

⁸⁰⁰ Kraut, A., *Salud mental: tutela jurídica*, ob. cit., p. 154 y 155.

⁸⁰¹ El proyecto del código civil de 1998 establece, tomando los modelos más avanzados, que la interdicción por causas psíquicas no implica necesariamente que la incapacidad absoluta. El mencionado proyecto establece que es el tribunal el que determina la extensión y los límites de la incapacidad, por lo que la sentencia abra de establecer los actos que el interdicto puede otorgar por sí, con la asistencia de curador (art.32.CCA).

Al igual que como sucede en el ordenamiento español, “las medidas que se toman como resguardo imponen el desapoderamiento de los bienes y la prueba con escasa participación del sujeto como parte activa del proceso, que gira en torno a la pericia psiquiátrica, pericia que es la reina del proceso”⁸⁰².

La institución civil de la incapacidad es entonces un mecanismo jurídico protector, instituido sobre la base de un conocimiento científico, que-considero-en 1869 resultaba ser garantía y protección para la persona.

Estas medidas de carácter *paternalistas* suponen la restricción del ejercicio de los derechos, esto significa, no tomar en consideración la decisión libre y autónoma adoptada por una persona. La persona con discapacidad intelectual o psicosocial pierden su autonomía moral⁸⁰³ porque tampoco ejerce su autonomía legal. De esta manera la persona con discapacidad, depende del “significado de amor, libertad, sexo, matrimonio y bienes que atribuyen otros que componen el colectivo de la “normalidad. Estos juegos de verdades impuestas por un grupo afectan a otros que se encuentran fuera del principio de distribución de justicia”⁸⁰⁴.

3.2.3. *Voluntad anticipada o directivas anticipadas*

3.2.3.1. *Sobre el impacto*

Este instrumento jurídico que en el ordenamiento argentino no tiene hasta ahora regulación específica, se funda en principios constitucionales, tratados internacionales y normas del código civil, que han hecho que la doctrina y la jurisprudencia nacional reconozcan una legalidad y eficacia de manera indiscutible⁸⁰⁵.

⁸⁰² Iglesias, M.G., capacidad jurídica; el juez y el marco de actuación ante los derechos de las personas con discapacidad frente al proceso de interdicción, en capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos, Palacios, A, y Bariffi, F., ob. cit. p.427.

⁸⁰³ Autonomía moral que consiste en la igual capacidad para poseer una concepción del bien y adquirir sentido a la justicia. Jhon Rawls proporciona su teoría de los bienes primarios y el “principio de distribución elegidos se encarna en el principio de la diferencia” que, como es conocido, evalúa la justicia de la distribución a partir de la consideración de los menos favorecidos.

⁸⁰⁴ Iglesias, M.G., capacidad jurídica; el juez y el marco de actuación ante los derechos de las personas con discapacidad frente al proceso de interdicción, en capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos, Palacios, A, y Bariffi, F., ob. cit. p.426.

⁸⁰⁵ Zito, O., *Directivas anticipadas en el régimen jurídico argentino*, en capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos, Palacios, A., y Bariffi, F (coor). Ed. Ediar, Buenos Aires, 2012, p. 342.

Este es un derecho de todo ser humano a decidir y a disponer sobre su vida, su persona y sus bienes para el futuro, ante una eventual pérdida del discernimiento⁸⁰⁶. Este derecho, fue reconocido en prestigiosos fallos relacionados con tema de salud y por primera vez especialmente tomado con carácter obligatorio, para disposiciones anticipadas de salud⁸⁰⁷. En el único ámbito que se legisla sobre la disposición anticipada, es en el de la salud. Es así como la ley 26.529, (del derecho del paciente), en su art. 11, señala que *“toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes”*.

La validez de este acto encuentra indiscutible sustento en los derechos consagrados constitucionalmente, como son el derecho a la autonomía, a la intimidad, a la igualdad, a la libertad, a la dignidad, los que corresponden a cada persona⁸⁰⁸.

En Argentina, a partir del año 2004, se crearon los registros de actos de autoprotección (directivas anticipadas) en el ámbito de los colegios notariales de las distintas provincias. La provincia de Buenos Aires fue la primera en aprobar la creación del registro, dictar su reglamento y ponerlo en funcionamiento. Dicho registro se encuentra en vigencia desde el 1º de marzo de 2005 y en él se inscriben las escrituras públicas otorgadas en cualquier jurisdicción del país, por personas que, previniendo una eventual “incapacidad”, dejen en el citado documento instrucciones concernientes al tipo de tratamiento que desean recibir con respecto a su persona y/o bienes.

Con el conocimiento de la existencia de una escritura de un acto de autoprotección, el juez tendrá un valioso instrumento, que garantice que la parte “débil” sea escuchada. Y

⁸⁰⁶ Rajmil, A. y Llorens, L. R. “Derecho de Autoprotección”. *Revista del Consejo Federal del Notariado Argentino*. P. 24.

⁸⁰⁷ Artículo 11 de la Ley 26.529. Directivas anticipadas. “Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes” Fallo M. de Mar del Plata y fallo Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (Estado Vegetativo, Ac. 85.627, “S. M. de C Insania 09/02/2005”) El fallo de fecha 25 de julio de 2005 en el caso públicamente conocido como “Caso M - Directivas anticipadas” del Juzgado en lo Criminal y Correccional número 1 de Transición de Mar del Plata.

⁸⁰⁸ Taiana de Brandi, Nelly A. y Llorens, L. R. “Derecho de Autoprotección. Las Directivas anticipadas” Buenos Aires, 2000.

en tanto no afecte derechos de terceros y el orden jurídico, será aplicado para facilitar la tarea de jueces y asesores⁸⁰⁹.

Por su parte el CCA, en sus arts. 383 y 384, faculta a los padres a nombrar, por testamento o escritura pública, un tutor a sus hijos que están bajo la patria potestad; los arts. 479 y 480, del CCA establecen que en todos los casos en que padre o madre puedan dar tutor a sus hijos menores de edad, podrán nombrar curadores por testamento “a sus hijos mayores de edad, dementes o sordomudos” y el curador de un “incapaz”, que tenga hijos menores de edad es también tutor de estos. Es importante mencionar la remisión que hace el art.465 del CCA: “los declarados “incapaces” son considerados como menores de edad, en cuanto a su persona y bienes. Las leyes sobre la tutela de los menores se aplicaran a la curaduría de los incapaces”⁸¹⁰.

Vale decir, entonces que, de la interpretación armónica de estas normas, surge el derecho de toda persona a designar a su propio curador o decidir qué persona le brindará el apoyo que necesite, ante una eventual pérdida, de su discernimiento que le impida auto gobernarse. Tomando en consideración el requerimiento de discernimiento, “es importante fijar el momento a partir del cual los efectos del documento comenzaran a regir, cuando el representante designado en el instrumento para cumplir o hacer cumplir las mandas empezara a actuar en nombre del disponente”⁸¹¹.

En principio, no es completamente incompatible con el art.12, entendiendo que hay respeto por la autonomía, siendo la propia persona quien nombra a otra, para que se encargue de llevar a cabo la voluntad de la misma, una vez que falte el “discernimiento”. Sin embargo, esta figura tendría que hacerse extensiva a otros ámbitos del derecho, y no solamente al de la salud. Consideramos sí, que la figura todavía tiene una amplia posibilidad de proyección para diagramar nuestro plan de vida, desde las elecciones más simples a las más trascendentes, respetando la autonomía de la voluntad de la persona.

La fricción que se provoca con el art.12, al momento de completar esta figura, ya que se requiere del “discernimiento”, y según la legislación civil argentina, las personas con discapacidad intelectual no la poseen, por tanto estaríamos excluyendo a un grupo del colectivo de las personas con discapacidad de gozar de este derecho.

⁸⁰⁹ Bonfanti, M.L., “El derecho de autoprotección en la Provincia del Chaco”. *Revista del Notarial* N° 2, p.115

⁸¹⁰ Ídem.

⁸¹¹ Ídem, p.353.

No obstante, con la plasmación del modelo de apoyo en la toma de decisiones, no habría que cumplir con ningún requerimiento. Esta figura nos abrirá el camino para organizar la vida futura ante la eventual pérdida total o parcial del discernimiento, que dificulte el entendimiento de los actos y sus consecuencias, con el apoyo de otra persona para que complemente esas carencias.

3.2.3.2. Sobre los modelos de capacidad

Es preciso adaptar los sistemas tutelares a un principio objetivo que respete a la persona, su capacidad jurídica, y que, sin sustituirla, colabore y la complemente en su accionar, realizando solamente los actos que aquella no pueda celebrar o ejecutar.

Así, las directivas anticipadas en materia de salud y la designación del propio curador son entre otros, casos donde están en juego derechos referidos a la vida, la salud y la dignidad del ser humano. Su existencia protege en forma preventiva al sujeto que lo otorga, pero también ayuda a los jueces, los médicos y los familiares en la toma de decisiones cuando deben pronunciarse sobre la vida, la salud o los bienes de otros⁸¹².

La validez de este acto encuentra indiscutible sustento en los derechos consagrados constitucionalmente, como son el derecho a la autonomía, a la intimidad, a la igualdad, a la libertad, a la dignidad, los que corresponden a cada persona⁸¹³. Es inherente a todo ser humano su posibilidad de elegir y que el Derecho respalde su elección, siendo este el sustento de la validez jurídica de las directivas anticipadas o actos de autoprotección⁸¹⁴.

Es por ello que constatamos la presencia del modelo promotor, al coincidir con estos principios que acabamos de señalar, y que a su vez son elementos que sustentan el modelo promotor. Y en cuanto a la figura de representación, si bien es cuestionable, debemos recordar que el modelo promotor, en sus postulados, reconoce su presencia en ciertos casos excepcionales, bajo la regulación sí, del modelo de apoyo. En síntesis decir de que hay una presencia y un predominio íntegro del modelo, ya que esta figura se basa

⁸¹² Giler, S, Pierri, P, y Spina, M., “Todos somos sujetos de pleno derecho”, comisión N° I igualdad y capacidad jurídica, colegio de escribanos de la provincia de Buenos Aires, 2010, p.15

⁸¹³ Taina De Brandi, N. A. y Llorens, L. R., “Derecho de Autoprotección. Las Directivas anticipadas” Buenos Aires, 2000. y la Ley 26.066, de Trasplante de Órganos y Tejidos.

⁸¹⁴ Giler, S, Pierri, P, y Spina, M., “Todos somos sujetos de pleno derecho”, comisión N° I igualdad y capacidad jurídica, ob. cit. p.15.

en el reconocimiento de la libertad de poder decidir por sí mismo, potenciando la autonomía, aunque sea en una situación compleja, para la persona que realiza este acto.

En cuanto a la primacía, debemos aclararlo, porque aquí también, está presente, a través de la misma figura de la representación el modelo paternalista, por tanto estaríamos, reconociendo, una manifestación de “conjunción de modelos”, al igual como sucede en el ordenamiento español, compartiendo presencia en un mismo espacio jurídico. Si diremos que al parecer la “balanza” de predominio, se inclinaría al modelo promotor, ya que el mismo sustenta los dos elementos que constituyen la figura vista, que son el de autonomía, como regla general y el de la “representación” con carácter excepcional.

3.2.4. Capacidad jurídica para realizar actos y contratos jurídicos patrimoniales

3.2.4.1. Sobre el impacto

En el ordenamiento argentino, el “demente” que ha sido declarado tal, no puede celebrar actos jurídicos por sí, puede realizarlo por medio de su representante de conformidad al art.1.160. Si la persona declarada “demente” llegará a celebrar el acto jurídico, este será declarado nulo, por vicio manifiesto del consentimiento, (surge de la mera comprobación de la interdicción decretada) y de nulidad relativa, toda vez que su sanción es en exclusivo interés de las partes.

Sin embargo, el acto celebrado por el “demente” durante un intervalo lucido, debidamente probado, es válido. En este tiempo responderá por los actos ilícitos que realice (art.1.070, CCA) y podrá hacer testamento (art.3615, CCA), revocarlo, reconocer hijos disponer de la ablación de sus órganos y de su cadáver, someterse a determinados tratamiento médico, etc.⁸¹⁵

Sí, en cambio, la “demencia” no ha sido declarada aun, el sujeto es básicamente capaz, y el acto celebrado sólo podrá anularse si se demuestra su demencia o ausencia de discernimiento al tiempo de la celebración⁸¹⁶. Se trata, por tanto, de un acto anulable pues requiere de la labor de investigación o apreciación del juez y de nulidad relativa. Sin perjuicio de lo expuesto es importante señalar, que si la demencia no era notoria, la nulidad

⁸¹⁵ Cifuentes, Santos Rivas-Molina, Andres-Tiscornia, Bartolomé., *Juicio de insania y otros procesos de incapacidad*, Ed. Ammurabi, 1990, p.77 y 86. Estos autores sostiene además, que durante un intervalo lucido, el “demente” puede casarse, con fundamento en el art.166, inc.8° del CCA.

⁸¹⁶ Ídem, p.300.

no podrá hacerse valer frente a contratantes de buena fe y a título oneroso (art.473, CCA). Si el acto finalmente, no es anulado (sea porque no se comprobó la ausencia de discernimiento al tiempo de la celebración, sea porque el contratante es de buena fe y a título oneroso), la obligación del “demente” solo podrá satisfacerse cuando pueda hacerlo el curador; en cambio, si se trata de una obligación *insitutae personae*, el demente queda liberado⁸¹⁷.

Aquí también observamos otro impacto de gran calado, ya que, el art.12.5, establece que los estados parte tendrán que garantizar el derecho de las personas con discapacidad a administrar sus propios bienes, con los debidos apoyos, lo contrario a lo que venimos observando. Por tanto, no podemos fijar este derecho, tomando como criterio “los intervalos lúcidos”, para reconocer la validez al acto, ya que este se aplica a determinadas discapacidades intelectuales, pudiéndose “presentar en trastornos mentales como la esquizofrenia, el trastorno bipolar y en trastornos neurológicos como la epilepsia”⁸¹⁸, entendiendo que no se puede generalizar con criterios delimitados.

Además este impacto irradia al art.19, el derecho a vivir una vida independiente, ya que para consolidar este derecho, se debe poder administrar libremente el patrimonio propio, para decidir dónde y con quien vivir, siempre y cuando obviamente la situación de la persona con discapacidad lo permita, en este caso si estaríamos ante un impacto de gran magnitud, ya que impide el desarrollo de la personalidad.

3.2.4.2. Sobre los modelos de capacidad

Esta es una constante, la transversabilidad de la dimensión cognitiva. Se requiere para poder actuar en las relaciones jurídicas el discernimiento, o “capacidad natural”, sin ella estos actos pueden ser anulados, o sea no tener validez. Estas exigencias están vinculadas con la habilidad cognitiva, por tanto vislumbramos la presencia del modelo paternalista, la podemos verificar a través del art. 921, del CCA, “*los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años; como también los actos de los dementes...*”

⁸¹⁷ Rivera, J.C., *Instituciones del Derecho civil- parte general*, Ed. Abeledo-Perrot, 1992, T.I, N° 505. Buenos Aires.

⁸¹⁸ González, O., *Revista estudio judicial n° 3*, Ed. Poder judicial, 2004, Costa Rica, p.3.

Esta situación se reitera en toda la normativa civil argentina, siendo esto un indicador indiscutible de la presencia del modelo paternalista. Así, la toma de decisión será trasladada, a un tercero reconocido en el ordenamiento jurídico como “capaz”, que en este caso será el curador, anulando la autonomía y excluyendo la participación de la persona con discapacidad, en la construcción de su proyecto de vida.

3.2.5. Capacidad jurídica para realizar actos y contratos jurídicos personalísimos.

3.2.5.1. Sobre el impacto

De lo ya visto podemos advertir que las personas con discapacidad son limitadas en cuanto a la participación en las relaciones jurídicas, sin embargo, podríamos pensar que en este ámbito, la situación pueda variar. Al respecto la normativa interna dice que, “*el acto jurídico para ser válido, debe ser otorgado por persona capaz de cambiar el estado de su derecho*”.

Así reza el artículo 1040 del CCA. Esto quiere decir que en términos generales no se impide la realización de un acto jurídico si esta persona posee capacidad natural. Quienes no posean esta capacidad no podrán realizar actos por sí mismos y que tengan efectos jurídicos lícitos, de conformidad con el artículo 921 del C.CA.

Debemos decir que el ordenamiento ha sido flexible al regular puntualmente ciertos actos de naturaleza personal del incapacitado judicialmente. En algunos de ellos, si bien no en todos, la incapacitación o el sólo hecho de padecer una enfermedad o discapacidad psíquica no impiden su realización al incapaz si este posee discernimiento. Su constatación sólo da origen al empleo de un mecanismo de control encaminado a comprobar que el incapaz realiza el acto con capacidad natural suficiente⁸¹⁹. En la regulación del ámbito personal de la esfera jurídica del incapaz, es preciso conjugar dos necesidades en cierto sentido contrapuestas: de una parte permitir que una decisión sea tomada por el propio incapaz cuando posea posibilidades de autodeterminación suficientes

⁸¹⁹ Informe presentado por el grupo de trabajo nacional de Argentina. Primer informe sobre la situación legal existente en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad en los estados miembros de la Red de expertos iberoamericana. Madrid, noviembre de 2011, en www.redcdpd.org. Consultada el, 25/02/2013.

y, de otra, evitar que pueda realizar un acto sin discernimiento y voluntad *suficientes* o que una vez realizado en tales condiciones éste sea válido⁸²⁰.

El problema que se nos presenta es en relación a la situación de las personas con “enfermedades mentales” que no han sido incapacitadas (los denominados “dementes o insanos de hecho”) quienes deben de ser consideradas desde el punto de vista de su capacidad, de su responsabilidad civil y en lo relativo a la *validez* de los actos jurídicos que hayan realizado⁸²¹. Según el ordenamiento argentino, mientras no exista una sentencia que limite su capacidad, la persona goza de la que corresponde a su situación jurídica (mayor de edad, menor de edad, menor emancipado). Este mecanismo de control se verifica tanto si, la persona está *incapacitada*, como si no lo está, pues el supuesto de hecho que desencadena su aplicación no es la *declaración de incapacidad* sino la situación real de la persona: que el que preste el consentimiento esté afectado por deficiencia o anomalías de carácter psíquico. Los actos jurídicos del *incapaz* declarado posterior a la sentencia son inválidos por la falta de capacidad. Es indiferente, como se ve, la buena fe del contratante o el carácter oneroso del acto⁸²².

Por esto, la importancia de que las sentencias de incapacidad describan de forma clara y precisa los actos jurídicos que el afectado pueda realizar y los que no, pues en otro caso habría de entenderse que dichas dudas sólo surgirán entonces en los casos en los que el “enfermo mental” no se encuentre incapacitado, por cuanto si lo estuviese, el alcance de la *incapacitación* debería estar explicitado perfectamente en la sentencia de incapacitación⁸²³.

Sin embargo, lo cierto es que las sentencias de incapacitación la mayoría de las veces, no describen de forma clara los actos jurídicos que el afectado puede realizar y los que no, siendo lo más habitual la utilización de formulas que expresan sólo que el paciente no puede administrar sus bienes y sí su persona, o bien no puede gobernarse ni sus bienes ni su persona.

A propósito de ello, la doctrina jurídica argentina, nos aclara que “no debe olvidarse que tanto la edad como la discapacidad mental son cuestiones de grado, una

⁸²⁰ Ídem.

⁸²¹ Ídem.

⁸²² Ídem.

⁸²³ Ídem.

persona puede tener aptitud para decidir sobre ciertas cuestiones y no sobre otras, ya no siempre es necesario el mismo grado de comprensión y argumentación”⁸²⁴.

De esta manera podemos decir, que *capacidad* es un concepto utilizado en el ámbito civil, sobre todo en el área de los contratos; por ejemplo, en el ámbito médico si el paciente no tiene la edad legal o se encuentra restringido en el ejercicio de su capacidad de obrar por sentencia judicial, el consentimiento para la actuación profesional-contrato médico-debe ser celebrado por los representantes legales de aquél⁸²⁵.

En cambio, *competencia* “es una noción que pertenece al área del ejercicio de los derechos personalísimos; no se alcanza en un momento preciso sino que se va formando, requiere de una evolución; no se adquiere y se pierde en un día, o en una semana. Bajo esta denominación, se analiza si el sujeto puede entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de la comprensión, si puede comunicarse, si puede razonar sobre las alternativas y si tiene valores para poder juzgar”⁸²⁶. Es un estado mental que puede evaluarse empíricamente por los operadores jurídicos que interrelacionan con dicho sujeto al momento de la prestación del consentimiento, a fin de conocer cuál es la voluntad real de éste.

Aquí se provoca otro impacto de gran magnitud, ya que esta situación que hemos descrito en la práctica, transgrede sin dudas, el art.12 de la CDPD, al no admitir el ejercicio de la capacidad jurídica de manera adecuada a las aptitudes reales del sujeto. Por otro lado al ser tan vago y poco definido el concepto de “demencia” cualquier alteración de la persona, más allá de que le impida o no el goce de sus derechos, puede a discreción del juez, dar lugar al proceso de incapacidad.

En tal sentido nos aclara, el Dr. Hooft que, “un paciente afectado de una enfermedad mental, incluida la psicosis, no debe por ello ser considerado automáticamente incompetente. Más aún se postula que el juicio o la opinión de ese paciente debe ser

⁸²⁴ Kemelmajer, A., *El derecho del menor a su propio cuerpo*, en Borda, G. (dir.), *La persona humana*, Ed.La ley, Buenos Aires, 2001, p.252.

⁸²⁵ Loyarte, D., *La noción de incompetencia en el marco de la bioética. Su aplicación a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, en Palacios, A. y Bariffi, F., (coord.), *capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, ob.cit. p.584.

⁸²⁶ Kemelmajer, A., *El derecho del menor a su propio cuerpo*, en Borda, G. (dir.), *La persona humana*, ob. cit. p.255.

respetado en aquellas áreas en las que se lo considera capaz de participar en la toma de decisiones”⁸²⁷.

Al igual que en el ordenamiento español, seguimos en la tesitura del “todo” o “nada” que es contrario a los principios del art.12, de la CDPD, entendiendo que, el ejercicio de los actos jurídicos personalísimos, es un derecho inalienable, que debemos propender a que sea ejecutado por la propia persona, con independencia de su discapacidad. Debiendo reiterar aquí que “el concepto de autonomía adecuada a la real aptitud de discernimiento de la persona y su derecho, más allá de las circunstancias que lo rodeen, a participar en todo asunto de su interés, introducen trascendentes modificaciones en el régimen jurídico de capacidad establecido por el código civil argentino, como así también en la labor notarial”⁸²⁸.

Se verifica así un cambio fundamental de criterio, “la persona en situación de vulnerabilidad no es más un simple objeto de protección y control sino es sujeto pleno de derechos y no puede estar ausente en las decisiones que le conciernen”⁸²⁹. Su participación conforme a la evolución de sus aptitudes y facultades, adquiere un papel preponderante en el sistema diseñado. Se impone pues “interpretar el derecho privado de acuerdo con las nuevas normas vigentes. Sin dudas hay disposiciones que debemos considerar derogadas y en el resto del régimen velezano se impone una interpretación flexible y armónica con los nuevos postulados”⁸³⁰.

Debemos decir que este impacto, irradia a otros artículos de la CDPD, que tratan la protección y promoción de los derechos personalísimos de las personas con discapacidad. Por nombrar solo algunos; Derecho a la dignidad: art.3, 15, y 16; derecho a la igualdad y no discriminación; art.3, 5 y 9 y 12; derecho a la preservación de la identidad; art.3; derecho a la imagen; art.8, inc.1 b) y c); derecho a la vida, art.10; derecho a la libertad; arts.12 y 14; derechos sexuales y reproductivos; art.23; derechos a la privacidad, art.22; art.17; Protección de la integridad personal. Es así como la aplicación e interpretación del nuevo paradigma, que trae el art.12, permitirá que estos derechos, sean ejercidos efectivamente por la propia persona con discapacidad.

⁸²⁷ Hooft, P., *Bioética, Derecho y Ciudadanía. Casos bioéticos en la jurisprudencia*. Ed. Temis S.A. Bogotá, 2005, p. 45.

⁸²⁸ Arevalo, J. y Rajmil, A., *Una nueva mirada sobre la igualdad y la capacidad de las personas*, Congreso internacional sobre discapacidad y derecho, Buenos Aires, 2010.

⁸²⁹ Ídem.

⁸³⁰ Ídem.

3.2.5.2. *Sobre los modelos de capacidad*

Para no ser reiterativos en la explicación, nos ceñiremos a lo que ya se dijo, en el ámbito de los actos y contratos patrimoniales, siendo la misma justificación, la cual se aplica en este ámbito, que es de carácter paternalista, ya que se restringe las actuaciones de la persona con discapacidad, por no poseer “capacidad natural” exigida para completar la celebración de dichas manifestaciones jurídicas.

3.2.6. *Régimen de responsabilidad civil*

3.2.6.1. *Sobre el impacto*

En la legislación civil argentina, el “demente” no es responsable de los daños que cause por el acto ilícito civil que realice de conformidad al art. 1.076 del CCA. Sin embargo, la regla no es tan inflexible pues se ha admitido, con fundamento, tanto en el enriquecimiento sin causa como en la comprobación de la importancia del patrimonio del “insano” y la situación personal de la víctima (art.907, CCA), e incluso, en la teoría de riesgo creado una indemnización de equidad⁸³¹.

Otra situación singular, en relación con el tema, es la de los contratos celebrados por el demente antes de la enfermedad. Aquí no se trata de un acto celebrado por un demente sino por una persona sana que luego enferma. En este caso debe diferenciarse según si las obligaciones a cargo del “insano” son o no intuitae *personae*. Si lo son, la “demencia” deberá ser considerada como un caso fortuito eximente de responsabilidad; en cambio, si la obligación puede ser satisfecha por el curador, deberá ser cumplida⁸³².

Un tema de difícil solución es, la responsabilidad de los “sordomudos” por hechos ilícitos. Por una lado, ya se ha dicho que su situación es análoga a la de los “dementes”, pero por otro lado, el art.1.070 del CCA, y las teorías del enriquecimiento sin causa y el riesgo creado, más la incidencias que pueden tener los patrimonios del sordomudo, y de la víctima, dan pie para pregonar tal responsabilidad. Habrá que demostrar que el sordomudo comprendía o no el acto que realizaba y los efectos que produciría.

⁸³¹ Cifuentes, Santos Rivas-Molina, Andres- Tiscornia, Bartolomé., *Juicio de insania y otros procesos de incapacidad*, Ed. Ammurabi, 1990, p. 94.

⁸³² Borda, G., *Tratado de derecho civil, parte general-I*, Ed. Perrot, 12° edición, N° 549 bis, Buenos Aires.

Aquí también se produce otra colisión con el art.12, ya que el nuevo paradigma plantea un cambio de visión sobre la “pasividad” en la relaciones jurídica de las personas con discapacidad mental y sensorial, que ha traído como consecuencia la “invisibilidad jurídica”, al excluirlos como actores protagonistas de aquellas relaciones jurídicas, y de las consecuencias que genera dicha relación.

Este cambio de escenario, contiene un doble desafío. Por un lado, se requiere de la participación de los operadores jurídicos, aceptando esta nueva mirada, considerando a la persona con discapacidad como; sujeto de derecho, sujeto procesal, sujeto de relaciones jurídicas, y sujeto responsable de sus actuaciones que competen a la atribución de los otros derechos.

Por otro lado, este cambio es complejo para las mismas personas con discapacidad, ya que hasta ahora no habían sido consideradas como sujetos activos de las relaciones jurídicas. Las personas con discapacidad, han crecido dentro de un mundo de relaciones de “dependencia”, de “exclusión”, muchas veces desde el propio seno familiar.

Con la aplicación del nuevo paradigma del art.12, se reconoce el ejercicio de los derechos a las persona con discapacidad, junto con ello, la responsabilidad de dicho ejercicio. Es aquí donde adquiere relevancia el mecanismo de apoyo en la toma de decisiones, siendo este un proceso de evaluación complejo, que deberá consensuarse entre el asistente y el asistido, teniendo la última palabra el asistido. El primero tendrá que informar de la manera más clara posible (utilizando los ajustes razonables si fuera necesario), luego evaluar todas las alternativas posibles (filtrando las más conveniente a los intereses, y preferencias de las persona), y valorar las consecuencias que tendrá para la persona al adoptar esta decisión, pudiendo ser más o menos trascendente en la vida de la persona con discapacidad.

Tal como lo habíamos señalado en el ordenamiento español, este impacto también irradiaría al art. 7 de la CDPD, (niños y niñas con discapacidad) estos hábitos, deben ser estimulados (a las nuevas generaciones) desde el seno familiar, fomentando así, la independencia, la autonomía, y la responsabilidad, debiendo existir un equilibrio, entre su protección y los estímulos mencionados. También el art.19 CDPD se verá irradiado, ya que desde él, se promueve el principio de “vida independiente”, siendo la responsabilidad, uno de los ejes de este planteamiento, que ayudan a consolidar esta manera de vivir.

3.2.6.2.- Sobre los modelos de capacidad

Como hemos constatado el “demente” no es responsable de los perjuicios causados, esta eximente, se establece nuevamente desde una mirada del modelo ‘paternalista, la causa sigue siendo su falta de discernimiento (buen juicio), por tanto se protege a la persona que carece de él. Así comienzan a funcionar todos los mecanismos establecidos, el modelo de sustitución, y la limitación a la capacidad. Interpretando la autonomía de manera restringida, e inhabilitando a la persona a decidir por si misma.

3.3. **Ámbito penal: régimen de responsabilidad penal**

3.3.1. Sobre el impacto

Para sancionar una conducta, la ley penal se basa en el reconocimiento del libre albedrío, que presupone la imputabilidad penal. Un sujeto es imputable (condición normal) si tiene capacidad psíquica de culpabilidad⁸³³ para hacerse cargo, o sea para responder por sus injustos. Este concepto, de base psicológica, incluye el conjunto de facultades psíquicas mínimas que debe poseer quien comete un delito para que pueda decláraselo culpable.

Por esta razón la enfermedad mental (locura) configura un típico supuesto de inimputabilidad (supuesto de exención de responsabilidad). Pero mientras la culpabilidad (juicio de reproche por la comisión de un acto contrario a derecho) y la responsabilidad (obligaciones de resarcir un daño causado a otro) son términos estrictamente jurídicos, la inimputabilidad-o su antónimo- son términos jurídicos- biológicos, lo que explica por qué la misión del médico psiquiatra que asesora a los tribunales de justicia tiene tal importancia⁸³⁴.

Para el código penal argentino “no es punible, *el que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error, o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones*” (art.34, inc.1°).

⁸³³ Zaffaroni, E., *Manual de derecho penal, parte general*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2005, p.535.

⁸³⁴ Cabrera, J., y Fuertes, J.C., *Psiquiatría y derecho*, Ed. Aran, Madrid, 1990, p.86

Por tanto, el código penal, exime de responsabilidad a la persona que “no haya comprendido el hecho delictivo, es así, inimputable quien carece de la facultad o de la aptitud psíquica para discernir o percibir la criminalidad del acto realizado, o para dirigir sus acciones. Inteligencia y voluntad son aquí las facultades aludidas. Y en el momento de cometerse el hecho, las alteraciones determinantes, de la inimputabilidad deben estar presentes”⁸³⁵.

Como consecuencia de lo anterior, el código penal, prevé la internación en instituciones como medida de seguridad privativa de la libertad, al consignar que “*en caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de perito declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás*” (art.34, inc.1º, párrafo 2º).

El magistrado es responsable del control y seguimiento del estado del paciente, y de las condiciones de internación en vista de su cese, que una resolución judicial podrá hacerse efectivo⁸³⁶. Pocas veces se lleva a cabo este control sobre la situación legal del psiquiatrizado y el respeto por sus condiciones de ciudadano.

Por esta razón, estas garantías de protección de los derechos fundamentales son sistemáticamente vulneradas, ya que “esta potestad de disponer un internamiento no consentido (forzado) y posterior supervisión de la evolución del paciente debiera tener una finalidad exclusivamente terapéutica”⁸³⁷.

En muchos casos el control social represivo psiquiátrico es trágico. En este contexto el psiquiatrizado es excluido y “su situación es de mayor indefensión que el propio penado, en especial cuando se asocia a su condición el discurso tutelar”⁸³⁸, en tanto el psiquiatrizado o manicomializado pasa a ser un “incapaz” jurídico, “deja de ser un ciudadano para convertirse en un tutelado, por lo que el “loco” es menos escuchado que el

⁸³⁵ Kraut, A., *Salud mental: tutela jurídica*, Ed. rubiznal-culzoni, Buenos Aires, 2006, p.148

⁸³⁶ No existe consenso en la doctrina y jurisprudencia sobre le tribunal que debe supervisar el progreso y la evolución de la medida dispuesta ni a quien debe informar el director de la institución que aloja al inimputable, sea el tribunal interviniente, el juzgado de ejecución o bien la justicia civil, que puede propiciar el debate sobre la capacidad jurídica: se confunden las medidas de seguridad, los tratamientos tendientes a su recuperación y los concernientes a su capacidad civil.

⁸³⁷ Kraut, A., *Salud mental: tutela jurídica*, ob. cit. p.150 y 151.

⁸³⁸ Ídem.

preso”⁸³⁹. Podríamos agregar que el “loco” institucionalizado nunca es escuchado ni visto por el sistema judicial.

Este desinterés “implica una verdadera inseguridad jurídica que consiente graves abusos y explica el hecho de que falten sentencias que sancionen conductas ilegítimas en perjuicio de los pacientes mentales, y se carezcan de estándares jurisprudenciales que establezcan criterios de alcance general”⁸⁴⁰. Sin embargo más que estas causas, la desprotección obedece a que en el derecho siguen actuando los prejuicios culturales y sociales sobre la “enfermedad mental”. Todas estas situaciones de injusticia vivida por las personas con discapacidad mental en las instituciones psiquiátricas, tienen su fundamento en la falta de un marco legal que regule todas estas situaciones de vulneración, que estableciera control y seguimiento de la situación de las personas internas en las instituciones psiquiátricas.

Con la aplicación de la nueva ley 26.657 de 2010, sobre el Derecho a la protección de la salud mental, esta situación de desprotección cambia, en cuanto, al tratamiento terapéutico, fines de la internación, tiempo de su internación, a la responsabilidad de las personas a cargo de la institución psiquiátrica. Como tiene una aplicación muy reciente, no podemos evaluar la efectividad de la misma, sin embargo a través de algunos de sus articulados, podemos interpretar de su contenido ciertos principios, que están en consonancia con la CDPD.

En cuanto a sus fines, el internamiento será aplicado con carácter restrictivo, primando el lugar de su tratamiento, su entorno familiar, esto queda de manifiesto en el art.14, donde se enuncia que *“la internación es considerada como un recurso terapéutico de carácter restrictivo, y sólo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de las intervenciones realizables en su entorno familiar, comunitario o social. Debe promoverse el mantenimiento de vínculos, contactos y comunicación de las personas internadas con sus familiares, allegados y con el entorno laboral y social, salvo en aquellas excepciones que por razones terapéuticas debidamente fundadas establezca el equipo de salud interviniente*. Se van dejando atrás aquellos tratamiento de aislamiento total, y de incomunicación con los familiares, sin contacto con el mundo exterior, siendo necesaria la internación, en caso de un mayor beneficio

⁸³⁹ Ídem.

⁸⁴⁰ Kraut, A., *salud mental: tutela jurídica*, ob. cit. p.71.

terapéutico, o excepcionalmente, que lo establezca el equipo de salud. Así se evitaran abusos que se han cometido en este ámbito según la experiencia, vulnerando derechos fundamentales, es por ello que esta normativa es compatible, con el art.15 de la CDPD, que obliga a los estados a adoptar medidas de carácter legislativo y administrativo para evitar que las personas con discapacidad sean sometidas a torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Y estas medidas en cuanto al carácter restrictivo de las internaciones, y no aislar a la persona en los tratamientos, es un indicador positivo, orientado justamente a compatibilizar con lo establecido en este art.

En cuanto al tiempo, se garantizará que *“en ningún caso la internación puede ser indicada o prolongada para resolver problemáticas sociales o de vivienda, para lo cual el estado debe proveer los recursos adecuados a través de los organismos públicos competente”* (art.15). Se termina, con las internaciones con plazos indeterminados, justificado en problemáticas sociales. De la misma manera que el fundamento del art. anterior, estos son indicadores positivos, que van en la dirección que señala el art.15 de la CDPD, y también el 3 de la CDPD, de respetar la dignidad y la autonomía de las personas con discapacidad.

En cuanto a su ámbito espacial, se promueve la atención extra-hospitalaria, así lo ha reflejado en su art.9 la ley, expresando que *“el proceso de atención debe realizarse preferentemente fuera del ámbito de internación hospitalario y en el marco de un abordaje interdisciplinario e intersectorial, basado en los principios de la atención primaria de la salud. Se orientará al reforzamiento, restitución o promoción de los lazos sociales”*. Se destaca de esta normativa, la intención de promover el desarrollo de la personalidad, motivada por la interacción con su entorno, sintiéndose parte de las relaciones sociales, según esto, nos acercáramos a lo que establece el art.3 de la CDPD, en cuanto al respeto de la dignidad y la autonomía individual, compatibilizando con el art.19, que promueve el modo de “vida independiente”, el hecho de que la persona puede vivir donde quiera, se refuerza la autonomía, además que incentiva a la desinstitucionalización, que la atención sea preferiblemente ambulatoria, y en el lugar en donde se desenvuelve con mayor naturalidad la persona con discapacidad, que lo más probable sea en su entorno familiar.

Precisamente en cuanto al respeto de la autonomía, la ley establece el derecho de acceso a la información, tal como lo señala, el art.10: *“por principio rige el consentimiento informado para todo tipo de intervenciones, con las únicas excepciones y garantías*

establecidas en la presente ley. Las personas con discapacidad tienen derecho a recibir la información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión”. Debemos subrayar el último párrafo de la norma, ya que está en consonancia con lo estipulado en el art.21 b) de la CDPD, en el que alienta a facilitar la *“utilización de la lengua de señas, el braille, los modos, medios, y formatos aumentativos y alternativos de comunicación...”*.

Y por último, esta ley va a regular, la responsabilidad que le compete a la autoridad del centro de internamiento, situación que se venía exigiendo desde muchos sectores, debido a los abusos cometidos y de la vulneración permanente de los derechos a las que han estado expuestas durante tanto tiempo las personas con discapacidad intelectual. Es así como, el Art.19, sanciona que, *“el consentimiento obtenido o mantenido con dolo, debidamente comprobado por autoridad judicial, o en el incumplimiento de la obligación de informar establecida en los capítulos VII, VIII, de la presente ley, harán pasible al profesional responsable y al director de la institución de las acciones civiles y penales que correspondan”*.

Como hemos podido observar con la aplicación de la nueva normativa se ha producido más un acercamiento con la CDPD. Esta ley, refleja una protección más integral y efectiva respecto a las personas con discapacidad, por tanto, estaría más en consonancia, con los principios establecidos en el art. 14, de la CDPD, referidas a la libertad y seguridad individual, irradia esta consonancia también al art.15 y 19 de la CDPD, y a su vez con el art.12, ya este ámbito respeta la autonomía de la persona con discapacidad, y la libertad de poder decidir.

La *incompatibilidad* con la CDPD, se provoca en la estigmatización de la persona con discapacidad mental, al asimilar su “enfermedad mental” con la “peligrosidad”. Esta visión arcaica todavía presente en la sociedad y también en los poderes públicos, es la que permite que se produzcan situaciones de vulneración, por tanto, es incompatible con lo establecido en el art.8, de la CDPD, que obliga a los estados a *“sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas;”*. También se irradia al art.3 de la CDPD, ya que este tratamiento, es discriminatorio, y vulnera la dignidad de la persona con discapacidad, no respetando la diversidad como parte de la condición humana. A consecuencia de esto último, también hay fricción con el art.15 de la CDPD, como hemos podido observar hasta ahora, las personas con discapacidad

mental internadas, habían sido sometidas a malos tratos, asilamiento, y olvido. Esto contradice lo estipulado en la normativa internacional que señala que, “*ninguna persona será sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*”.

3.3.2. Sobre los modelos de capacidad

En este ámbito, también es relevante la dimensión cognitiva ya que “si el sujeto *no puede comprender o querer*, no puede considerásele jurídicamente culpable. Estos conceptos aluden al conocimiento de las acciones y a la voluntariedad de actuar, que presupone madurez (lucidez en toda persona mayor de edad). De modo tal que la madurez, conciencia y libertad son los tres presupuestos en los que se asienta la imputabilidad. La enfermedad mental, así constituye por tanto una de las causas de la exención de responsabilidad”⁸⁴¹.

Esto quiere decir que la enfermedad mental del supuesto “autor de un delito implica su necesaria absolución por falta de capacidad para querer y entender, abriendo el camino para adoptar medidas de seguridad sustitutiva de la pena”⁸⁴².

Por otro, en el ámbito penal, (ya visto) se asocia la “enfermedad mental” con inimputabilidad, quitándole la carga de la responsabilidad a la persona con discapacidad.

Ahora bien, debemos decir que “es erróneo, asociar enfermedad mental con inimputabilidad, ya que existen enfermos imputables y existen inimputables que no son enfermos mentales en el sentido clásico del término. Hay que sostener espacios más amplios de responsabilidad para las personas con problemas mentales, ya que éstas, pese al diagnóstico de enfermedad, están en condiciones, la mayoría de las veces, de elegir y decidir. Este supuesto implica una mayor responsabilidad personal, pero también un mayor respeto a la dignidad de la persona”⁸⁴³.

Y por último subrayar, que el psiquiatra no está en condiciones de determinar la peligrosidad de un enfermo mental, pues la “peligrosidad” es un concepto jurídico que sólo cabe determinar mediante un acto de valoración que hoy se encomienda al juez⁸⁴⁴.

Por todo lo dicho, el modelo presente y que prima es el paternalista, inmerso en una visión médica, asociando la “enfermedad mental” con la “peligrosidad”. Las medidas de

⁸⁴¹ Ídem, p.328 y 329.

⁸⁴² Ídem, p.329.

⁸⁴³ Ídem, p.331.

⁸⁴⁴ Kraut, A., *Los derechos del paciente*, Ed. Albeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 391.

seguridad complementan esta visión, aislando a la persona con discapacidad de su entorno (internamientos interminables), excluyéndola de la sociedad, contradiciendo las políticas penitenciarias, que buscan la reinserción de la persona, siendo la autonomía vulnerada al igual que los derechos fundamentales, mientras esto ocurre, las personas con discapacidad mental, no tienen ningún poder de decisión.

3.4. Ámbito de la Salud: derechos del paciente

3.4.1.- Sobre el impacto

Los derechos del paciente son una manifestación del avance de la bioética, y de la humanización de la relación medico/paciente. Desde el punto de vista de la ciencia jurídica “estos derechos han nacido y se han reconocidos normativamente producto de la observación de los problemas que se daban en la realidad social de la relación médico-paciente”⁸⁴⁵. Estando en sintonía con esta visión, “la nueva ley de los derechos del paciente 26.529, implica un eslabón en la cadena de productos jurídicos que marcan un cambio de paradigma en el sentido kuhniano. El modelo de relación entre profesional de la salud y paciente estaba basado en lograr superioridad del médico ante el paciente. Hoy el peso de ambos sujetos de la medicina tiende a equilibrarse y a ella contribuye y contribuirá la ley de derechos del paciente”⁸⁴⁶.

En esta nueva relación, en un plano de igualdad, refuerza el principio de autonomía de la voluntad, como asimismo el derecho a decidir libremente sobre los tratamientos que le serán aplicados, es por ello que, “*el paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley N° 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud;*” (art.2, e). En efecto, la introducción de las humanidades médicas representa así, “un nuevo estatuto pedagógico de la medicina que plantea la vieja

⁸⁴⁵ Galati, E., “Un cambio paradigmático en la salud. Consideraciones sociales de la ciencia jurídica a partir de la ley argentina del derecho del paciente”, en *Revista de humanidades medicas*, Volumen 2 N° 3, Buenos Aires, 2011, p. 8

⁸⁴⁶ Ídem.

distinción académica entre formación técnica (la que prepara para hacer bien algo) y la formación humanista (la que prepara para hacer alguien de bien)”⁸⁴⁷.

Siguiendo con los planteamientos de esta nueva visión, el profesional de la salud, deberá transmitir de la manera más clara posible la información sanitaria, entendiendo la situación en que se encuentra el paciente, así lo refleja, el art.3, cuando dice que, *“a los efectos de la presente ley, entiéndase por información sanitaria aquella que, de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos”*.

Habrán excepciones respecto del sujeto a quien se le entrega la información. En aquellos casos en que no pueda entregarse la información sanitaria al paciente directamente, esta tendrá que ser brindada a terceras personas, *“en el supuesto de incapacidad del paciente o imposibilidad de comprender la información a causa de su estado físico o psíquico, la misma será brindada a su representante legal o, en su defecto, al cónyuge que conviva con el paciente, o la persona que, sin ser su cónyuge, conviva o esté a cargo de la asistencia o cuidado del mismo y los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad”*.(art.4)

En principio el impacto es de menor magnitud, porque hay coincidencias más que diferencias con los principios de la normativa interna. En primer lugar promueve el acceso a la información, tal cual como lo señala el art.9, f) de la CDPD, además, se respeta el principio de autonomía como regla, estando en consonancia con el art.12, que potencia la misma a través de los mecanismos de apoyo, y también con el art.17 del CDPD, ya que se *respetará la integridad física y mental en igualdad de condiciones que los demás*.

La disonancia la encontramos con la figura de la representación que a pesar de actuar de manera excepcional, es contrario lo estipulado en el art.12, de la CDPD, que promueve el modelo de apoyo, como único mecanismo de asistencia en la toma de decisiones, dejando a tras el modelo de sustitución. Entonces aquí, decimos que se provoca otro impacto de mediana intensidad, porque si adoptamos la posición interpretativa minoritaria del art.12.4 de la CDDP, que nos habla de “salvaguardas”, entonces si habría coincidencia, ya que en este caso, la “representación”,

⁸⁴⁷ Mainetti, j., *La transformación de la medicina*, Ed. Quirón, La Plata, 1992, p.32.

Otra disonancia, es respecto de los medios empleados para transmitir el consentimiento. Deberá añadir esta nueva ley, nuevas formas de transmisión del consentimiento, (un lenguaje no convencional, por ejemplo el de señas), debido a que el art. 7, tiene contemplado solamente un lenguaje convencional. Así lo demuestra su contenido, el “consentimiento *será verbal con las siguientes excepciones, el que será por escrito y debidamente suscrito*”. Este impacto se extendería al art.5 del CDPD, ya que, se estaría discriminando a un grupo del colectivo en razón de los medios utilizados para transmitir la voluntad, y también por la misma razón, salpicaría al art.21, de la CDDPD, cuyo principio es aceptar y facilitar otros lenguajes no convencionales, respetando la heterogeneidad del mundo de la discapacidad.

3.4.2. Sobre los modelos de capacidad

Desde la mirada bioética, que pone el acento en el respeto del principio de autonomía de la voluntad, llega a las ciencias jurídicas la noción de “competencia” o aptitud para comprender y decidir en consecuencia. Tanto la medicina como la bioética han trasladado sus preocupaciones sobre la validez de las decisiones adoptadas por los pacientes ante prácticas o tratamientos médicos indicados; constituyendo el tema, del consentimiento informado, un capítulo de análisis y estudio de todas las disciplinas afines. Con relación al tema de la capacidad de obrar, esta noción de competencia se convierte en un elemento dúctil y versátil para valorar el estado de la situación real de una persona a la hora de valorar la conducta de este y sus implicaciones en un caso concreto⁸⁴⁸.

Es que, como bien señala la doctrina jurídica nacional, “no debe olvidarse que tanto la edad, como la discapacidad mental son cuestiones de grado; una persona puede tener aptitud para decidir sobre ciertas cuestiones y no sobre otras, ya que no siempre es necesario el mismo grado de comprensión y de argumentación”⁸⁴⁹.

Se entiende que “una persona es *competente* cuando puede comprender la información que se brinda, procesar las alternativas, evaluar las consecuencias de su decisión y sostenerlas después. Es un estado mental que puede evaluarse empíricamente por

⁸⁴⁸ Loyarte, D., *La noción de incompetencia en el marco de la bioética. Su aplicación a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, ob. cit. p.584.

⁸⁴⁹ Kemelmajer de Carlucci, A., *El derecho del menor a su propio cuerpo*, en Borda, G, (dir.) *La persona humana*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001, p.252.

los operadores que interrelacionan con dicho sujeto al momento de la prestación del consentimiento, a fin de conocer cuál es la voluntad real de éste”⁸⁵⁰.

En principio observamos la presencia del modelo promotor, ya que, con la aplicación de la nueva ley, se va dejando atrás el principio de la “beneficencia” (hacer el bien en favor de la salud de las personas), asociado tradicionalmente al “paternalismo medico” verticalista en la relación médico-paciente, que caracterizo hasta hace poco el ejercicio de la medicina.

Ahora, hay un mayor respeto por la autonomía de la persona-respetar la voluntad de esta para decidir, conforme a sus propias convicciones- por el cual esta deja de ser un sujeto pasivo en la relación medico paciente para convertirse en activa protagonista, de sus decisiones; principio directamente relacionado con el tema del “consentimiento informado”(hoy “consentimiento participado”) que garantiza la participación y libre elección del paciente y que se complementa con la necesidad de prever los supuestos de dificultad o imposibilidad de ejercitar la autonomía y los sistemas de “protección” para ello.

Respecto de esto último, y sobre la presencia de la figura de la representación, el modelo promotor, en sus postulados, también reconoce que en casos excepcionales, en donde la voluntad no pueda expresarse a través de ningún medio, se acepte la figura de la representación como alternativa, obviamente esta excepción tendrá que estar regulada dentro del marco de los mecanismos de apoyo que es la regla.

Por tanto, diríamos que hay una fuerte presencia y predominio del modelo promotor, con algún resabio del modelo paternalista, que se manifiesta en a través de la figura de la representación.

3.5. Evaluación de la capacidad ante los operadores jurídicos

3.5.1. Sobre el impacto

El acceso a la justicia tiene una doble vertiente. Además de ser un derecho autónomo, es un derecho instrumental para la efectivización de los demás derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Por ello, expresa Ana Lawson, que cuando el

⁸⁵⁰ Loyarte, D., *La noción de incompetencia en el marco de la bioética. Su aplicación a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, ob. cit. p.585.

derecho a la justicia es denegado, el resultado es la “muerte civil” de la persona⁸⁵¹. Este derecho de acceso a la justicia sufre una mayor vulneración cuando quienes pretenden ejercerlo son personas con discapacidad.

El ordenamiento civil argentino, respecto del tratamiento de las personas con discapacidad, trae un concepto biológico jurídico que con claridad se manifiesta en su art.141. CCA. El juez no valora en general las condiciones relacionadas ni la interacción del sujeto con la sociedad mas allá de la patología psiquiátrica que haya sido peritada por los profesionales psiquiatras⁸⁵². El no reconocimiento de su capacidad jurídica, por motivos médicos, obstaculiza el acceso a la justicia, al restringir el ejercicio de los derechos.

No obstante, los mayores obstáculos que deben enfrentar las personas con discapacidad para el ejercicio de sus derechos en este ámbito, se relacionan con barreras comunicacionales (ausencia de accesibilidad en todo lo que atañe el proceso de comunicación a la hora de querer conformar y expresar deseos, necesidades y preferencias) y, sobre todo, con barreras actitudinales, que incluyen, en algunos casos, barreras legales que manifiestan prejuicios y una determinada imagen de las personas con discapacidad; sentencias judiciales que son consecuencia de interpretaciones legales basadas en dichos prejuicios y estereotipos; ausencia de personal capacitado, ausencia de apoyos y para el ejercicio de la capacidad jurídica, entre muchas otras”⁸⁵³.

Será necesario, que se refuerce la política institucional de acceso a la justicia para este colectivo, en todas las agencias estatales involucradas. En este sentido, es preciso que se definan nuevas estrategias de intervención para que las personas con discapacidad (sobre todo las mentales o psicosociales) tengan acceso a una defensa técnica, y para que los defensores y asesores puedan hacer efectiva la exigibilidad de sus derechos fundamentales en todas las instancias administrativas y judiciales. Para eso, tal como ya señalamos, es prioritario que esos funcionarios abandonen el histórico abordaje que considera a las personas con discapacidad como objeto de tutela y se incorpore su voluntad como aspecto fundamental del proceso.

⁸⁵¹ Lawson, A., “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn?”, 34 Syracuse J. Intl. L. & Com. 563, 2007, p. 573.

⁸⁵² Fallo de la cámara Nacional Civil, sala C, del 20/03/1992, “banco Irving Austral SA c/ B.J. de. D”, JA, 1993, síntesis LL 1002-E242 y DJ 1993, 1.488).Cit. en Fama, M. y Pagano, L., salud mental en el Derecho de familia, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p.197.

⁸⁵³ Ídem, p.44.

Otro de los operadores jurídicos, que tiene incidencia en este ámbito, es el escribano quien deberá “asegurar el respeto a aquellos derechos y la participación de la persona de acuerdo a sus reales aptitudes de discernimiento para el caso concreto y a las características del acto a otorgar”⁸⁵⁴. De esta manera, previniendo el conflicto, garantizará en los actos que instrumente, de manera imparcial y objetiva, el debido asesoramiento, el respeto a los derechos reconocidos, así como la autenticidad del instrumento otorgado con la certeza de la fe pública⁸⁵⁵.

El impacto en este ámbito es de gran calado con CDPD, esta magnitud se debe a la visión paternalista, esta deberá cambiarse, para ello, “será relevante que los funcionarios aludidos profundicen, en el sentido intrínseco de la CDPD, su propósito, principios, obligaciones, derechos, y libertades que aborda, de tal manera de otorgar una correcta atención a las personas con discapacidad que se presenten ante la judicatura, comprendiendo que, dentro de la garantía del acceso a la justicia, resultará, indispensable la correcta aplicación del artículo 12 de la CDPD”⁸⁵⁶.

La significación del “acceso a la justicia” es de alta envergadura, toda vez que involucra en forma directa a un poder del estado que, por otra parte, llamado a juzgar distintas figuras de discriminación, deberá pronunciarse cuando dicho ilícito se produzca por la “denegación de ajustes razonables”⁸⁵⁷. Esto se encuentra en concordancia con las obligaciones generales de la CDPD, que comprometen a todos los componentes del estado a adoptar las medidas de diversa índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos, en la convención, a modificar o derogar todas las leyes, reglamentos costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad. Tal como lo establece, el art.4.1.a),b) y e), y el art.5, de la CDPD.

Por esta razón es que, el poder judicial argentino deberá adoptar una “posición ejemplar en cuanto a promover y aplicar adecuaciones de procedimiento, otros ajustes razonables y, desde luego, los sistemas de apoyo, dentro de un proceso y las salvaguardias respectivas para la manifestación de la voluntad, de modo de no abrir ningún espacio que

⁸⁵⁴ Arévalo, J. y Rajmil, A., “Una nueva mirada jurídica sobre la igualdad y la capacidad de las personas Congreso internacional sobre discapacidad y derechos humanos”, Buenos Aires, 2010, p.13.

⁸⁵⁵ Ídem.

⁸⁵⁶ Cisternas, M.S., *Las obligaciones internacionales para los estados partes en virtud del artículo 12. De la CDPD, vínculos con el artículo 13 e impacto en el derecho interno*, en *discapacidad, capacidad jurídica y derechos humanos*, Palacios, A., y Bariffi, F., ob.cit. p.257.

⁸⁵⁷ Art.2 de la CDPD.

pueda generar efectos discriminatorios en su interior frente a una persona con discapacidad”⁸⁵⁸.

Por último señalaremos que este impacto, también irradiaría al art.13, teniendo el ordenamiento interno que garantizar el debido proceso, para las persona con discapacidad, que hasta ahora les ha sido restringida. Para hacer efectivo este acceso, deberán eliminarse barreras, que incluye a los tribunales cuya infraestructura, distribución de espacios, mobiliarios, instalaciones, y señalizaciones estén acordes a las exigencias actuales, del mismo modo que la información, las comunicaciones, la tecnología y también el transporte a través del cual se llega a los recintos judiciales y policiales”⁸⁵⁹.

3.5.2. Sobre los modelos de capacidad

Hoy, las actuaciones de operadores jurídicos, todavía están predeterminadas y permanecen ancladas, en una visión vetusta, medico- paternalista, en relación con las personas con discapacidad, quedando así restringido su acceso a la justicia, traducido en las sentencias judiciales, que tiene como finalidad la búsqueda de la “deficiencia”.

Sin lugar a dudas, la incapacitación judicial absoluta, se convierte en un obstáculo, una barrera jurídica insalvable, que entorpece la participación e integración de las personas con discapacidad en la sociedad. A su vez los requerimientos que exigen los escribanos, para la celebración de algún acto o contrato, a una persona con discapacidad, (incluso no estando “incapacitada” judicialmente) muchas veces, no es considerada “idónea” para cumplir con la celebración de dicho acto.

Así, los escribanos, en el ejercicio cotidiano de su función, no deben de participar en la proliferación de obstáculos que restrinjan el efectivo goce de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad⁸⁶⁰. Esto se vincula a una labor artesanal, que en cada caso concreto deberá atender a las reales aptitudes del sujeto, para comprender el

⁸⁵⁸ Cisternas, M.S., *Las obligaciones internacionales para los estados partes en virtud del artículo 12. De la CDPD, vínculos con el artículo 13 e impacto en el derecho interno, en discapacidad, capacidad jurídica y derechos humanos*, Palacios, A., y Bariffi, F., ob. cit. p.258

⁸⁵⁹ Ídem.

⁸⁶⁰ Arévalo, J. y Rajmil, A., “Una nueva mirada jurídica sobre la igualdad y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, Congreso internacional sobre discapacidad y derechos humanos”, ob.cit, p.7

contenido, los alcances y las consecuencias del acto a instrumentar, procurando su activa participación en la máxima medida de sus posibilidades⁸⁶¹.

Debemos dejar atrás la mirada paternalista respecto de las personas con discapacidad, y estimular su autonomía en independencia. Esto, nos sitúa “frente a una persona con discapacidad que expresa su pensamiento, opiniones y apreciaciones, de una manera adecuada a su diversidad y que ello sea convenientemente recogido en un proceso judicial”⁸⁶². El verbo rector utilizado por Soledad Cisternas es el de “asegurar”, que el “sujeto de derecho pueda acceder a las distintas fases de conocimiento, consideración y juzgamiento que envuelve un proceso judicial”⁸⁶³.

La presencia y primacía del modelo paternalista en este ámbito es evidente. Como hemos podido apreciar la autonomía es interpretada de manera restringida, donde un tercero actuará por la persona con falta de autogobierno, y tomará las decisiones en todos los ámbitos de la vida. Las barreras actitudinales se manifiestan más claramente en este ámbito, quedando en evidencia cual es la visión que todavía presentan los operadores jurídicos en relación a las personas con discapacidad sobre todo con las intelectuales.

3.6. Ámbito laboral: capacidad jurídica en las relaciones laborales

3.6.1. Sobre el impacto

En cuanto a las relaciones laborales y la capacidad para contratar y ser contratado, podemos mencionar normativas que tratan el tema, y dan a conocer algún atisbo de su visión en este ámbito, respecto a las personas con discapacidad. La ley 22.431, sobre el sistema de protección integral de las personas con discapacidad, en su art.8, dice que *el estado nacional, sus organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del estado y la municipalidad de la ciudad de Buenos Aires, están obligados a ocupar personas discapacitadas que reúnan condiciones de idoneidad para el*

⁸⁶¹ Ídem.

⁸⁶² Palacios, A, *Género, acceso a la justicia, y discapacidad*, en *Discapacidad, justicia, y Estado.*, Jorge, M., y D' Ugo (coordinadores), Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2012, p.56.

⁸⁶³ Cisterna, S., las obligaciones internacionales para los estados partes en virtud del art.12 de la CDPD, vínculos con el art.13 e impacto en el derecho interno, en *capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, Palacios, A, y Bariffi, F., (coord.), ob. cit. p.253.

cargo, en una proporción no inferior al cuatro por ciento (4 %) de la totalidad de su personal. Si bien este sistema de cuoteo es beneficioso para integrarse al mercado laboral, la exigencia de “idoneidad” entendiéndola como competencia o capacidad, sería excluyente, para las personas con discapacidad intelectual, y se estaría discriminado en razón de discapacidad, siendo contrario a lo establecido al art.3 y 12 de la CDPD.

Por otro lado, La ley 20.744, en relación con la capacidad para ser contratado, no dice nada respecto a las personas con discapacidad, solamente establece, en su art.32, que las personas desde los dieciocho (18) años pueden celebrar contrato de trabajo y sí regula de forma más detallada la situación de los menores de edad.

En la misma ley, en su art.17 *“se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad”*. Si bien no especifica la discapacidad como grupo vulnerable de discriminación, hay una intencionalidad, de luchar contra la discriminación. Lo que sí sorprende es que esta prohibición está apuntada a la discriminación *entre trabajadores*, llama la atención que no se haga extensivo esta prohibición al empleador, ya que en muchos casos, es quien más discrimina en cuanto a la relación laboral, por la posición de privilegio que se tiene.

Como en la legislación laboral interna, no encontramos una regulación en relación a quienes son “capaces” para ser contratados, debemos remitirnos a la legislación civil, donde se regulan los contratos en general, es así como, a través del Art. 1.160 del CCA, nos dice que, *“no pueden contratar los incapaces por incapacidad absoluta, ni los incapaces por incapacidad relativa en los casos en que les es expresamente prohibido, ni los que están excluidos de poderlo hacer con personas determinadas, o respecto de cosas especiales, ni aquellos a quienes les fuese prohibido en las disposiciones relativas a cada uno de los contratos, ni los religiosos profesos de uno y otro sexo, sino cuando comprasen bienes muebles a dinero de contado, o contratasen por sus conventos; ni los comerciantes fallidos sobre bienes que correspondan a la masa del concurso, si no estipularen concordatos con sus acreedores*. Según esta normativa, no pueden contratar las personas “incapacitadas absolutas”, por tanto las personas con discapacidad mental y sensorial no pueden contratar por sí. Se infiere de ello que tampoco podrían ser contratadas, al menos de manera “directa”, sí a través del representante. Además estas personas no pueden prestar su consentimiento en la celebración del contrato, porque carecen de él, por tanto dicho contrato se podría declarar nulo.

Esta combinación de normativas nos hace presumir que sí producirían un impacto con el art.12, de gran intensidad, ya que las personas con discapacidad no podrán ejercer estos derechos por sí, y tampoco podrán ocupar ciertos cargos, por falta de “idoneidad”. Esto atenta contra los principios de igualdad, y autonomía que establece el art 12 de la CDPD, y contra la visión integral de protección de la persona con discapacidad. Irradia al art.3, en cuanto a la vulneración de dignidad y autonomía individual, así como también el art 5, ya que se discriminaría en razón de discapacidad, a un grupo del colectivo de las personas con discapacidad. Esta situación cambiaría, con la plasmación del modelo de apoyo, y la aplicación de los debidos ajustes razonables esta situación debería cambiar. Y por último también colisiona, con el art.27 de la CDPD, en relación con la libertad de poder elegir un puesto de trabajo y acceder al mercado laboral en igualdad de condiciones, es por ello, que los estados están obligados a *“salvaguardar y promover el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación”*.

3.6.2. Sobre los modelos de capacidad

De acuerdo con los artículos analizados en este ámbito, no es tan evidente la presencia de un modelo en particular, pero si podemos inferirlo, debido a los principios manifestados en la descripción de aquellos.

Podemos decir que la presencia del modelo promotor se manifiesta a través del principio de no discriminación, que se expresa el art. 17, de la ley 20.744, en la que manda prohibir la discriminación, aunque no especifica como grupo vulnerable a las personas con discapacidad, denota una intencionalidad de garantizar este derecho. Con este mandato, se podrá acceder al mercado laboral en igualdad de oportunidades, siendo esta una de las herramientas esenciales, para poder incluir a las personas con discapacidad en la sociedad.

En cuanto a la regulación de la capacidad para ser contratado, la ley al respecto no dice mucho en relación con las persona con discapacidad. Sí desarrolla la situación de los menores de edad, y las mujeres.

Sin embargo, la regulación del CCA, es más claro respecto de aquellas personas que no pueden contratar, que son, *los incapaces por incapacidad absoluta*, (regla general), observamos aquí, la presencia del modelo paternalista, ya que esta restricción está

justificada en razón de la discapacidad, por tanto tendrán que actuar a través de un tercero quienes deberán autorizar su contratación.

En cuanto al consentimiento, tampoco dice mucho la normativa laboral respecto a las personas con discapacidad, ya que este, *debe manifestarse por propuestas hechas por una de las partes del contrato de trabajo, que deberá ser aceptada por la otra parte*, no especificando que se entenderá por consentimiento. Si, el CCA, señala quienes no pueden otorgar el consentimiento libre y espontáneo, y son aquellas personas que se encuentran afectadas por una “deficiencia” o anomalía de carácter psíquico, estando o no incapacitada, todo en ello en relación con la validez del acto. Podemos inferir que la persona con discapacidad intelectual, no podrá celebrar en este caso por sí, un contrato de trabajo, ya que carecería de consentimiento.

Bajo estos criterios de interpretación restringida de la autonomía, podemos constatar la presencia y primacía del modelo paternalista, excluyendo de la posibilidad de contratar y ser contratado a las personas con discapacidad mental y sensorial por sí, atribuyendo esta posibilidad a un tercero que los representa, reconociendo el modelo de sustitución como válido para cumplir con los requerimientos de validez de un contrato.

3.7. Leyes especiales

3.7.1. Sobre el impacto

Como ya lo habíamos advertido, con la ley 22.431, “por primera vez se aborda la temática de la discapacidad desde una perspectiva integrada y global, mediante esta ley se crea el sistema de protección integral de las personas con discapacidad, que, con algunas modificaciones”⁸⁶⁴, hasta hoy constituyen el marco organizador del esquema de respuesta estatal a la problemática de la discapacidad.

Debemos subrayar el momento político que vivía Argentina, ya que “el surgimiento de esta norma, crucial para entender el conjunto de la legislación referida al tema, se da en un contexto histórico represivo, de violación de los derechos individuales y sociales, en el que se encuentran clausurados los canales institucionales de participación y representación política y social. En este marco, la iniciativa parece, explicarse más por la movilización

⁸⁶⁴ Fara, L., *Análisis de la normativa nacional orientadas a las personas con discapacidad*, en *Políticas sobre la discapacidad en Argentina*, Acuña, C. y Bulit Goñi, G. (compiladores), ob. cit. p.125.

internacional en relación con la personas con discapacidad y por contingencias históricas relacionadas con la vida de algunos funcionarios con peso en las decisiones del gobierno militar, que por demandas propias de la sociedad argentina, que, como se dijo, tenía clausurada casi toda vía de expresión”⁸⁶⁵.

Es así como, “el sistema de protección integral de las personas con discapacidad se reglamentó en el periodo final de la dictadura, exactamente dos años después de dictada la ley, pese a que el art.28 exigió que el poder ejecutivo la reglamentara en 180 días. Esta demora parece confirmar que su dictado no respondía a urgencias expresadas por actores relevantes de la sociedad argentina”⁸⁶⁶.

3.7.2. Sobre los modelos de capacidad

Añadiremos, que la perspectiva conceptual que subyace en esta ley fundante es la del denominado “modelo medico-rehabilitador”, donde “el énfasis es colocado en la persona y su deficiencia, caracterizada como una anomalía patológica que le impide realizar actividades que se consideran normales. Se ve a la persona con discapacidad desviada de un supuesto estándar y, por dicha razón, limitada o impedida de participar plenamente de la interacción social”⁸⁶⁷.

Desde esta perspectiva podemos inferir, la presencia del modelo paternalista, ya que el mismo justifica los límites del ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad en razón de su “anomalía” o “enfermedad”, visión que es compartida por el modelo medico-rehabilitador, siendo coincidentes ambos modelos en sus fundamentos deducimos la presencia y primacía del modelo paternalista.

⁸⁶⁵ Ídem.

⁸⁶⁶ Ídem, p.126.

⁸⁶⁷ Ídem.

V. ESTUDIO SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS INTERNOS: CHILE

1. PROCESO DE INCORPORACIÓN DE LA CDPD AL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO.

Los procedimientos de incorporación de tratados internacionales dan cuenta de los mecanismos a través de los cuales los estados le dan validez a los instrumentos internacionales en sus ordenamientos jurídicos internos. De acuerdo con los sistemas comparados, es la constitución la que determina la validez de las normas internas y la aplicabilidad de las normas internacionales en el derecho interno⁸⁶⁸, es decir, qué requisitos son necesarios para que estas normas puedan ser invocadas directamente ante los tribunales nacionales y qué lugar ocupan en la estructura jerárquica de las normas. En Chile, corrientemente se explica que la estructura jerárquica de las fuentes del derecho chileno comienza con la constitución política de la república⁸⁶⁹, que es seguida, en ese orden, por las leyes⁸⁷⁰ los Reglamentos y los Decretos, sin mencionar siquiera a los tratados.

La constitución de 1980 se caracterizó por tener vacíos normativos en cuanto al procedimiento de incorporación de tratados internacionales al ordenamiento jurídico interno. De esta manera el artículo 50.1 sólo establecía que el procedimiento ante el congreso “*se someterá a los trámites de una ley*”⁸⁷¹, recayendo sobre el presidente de la

⁸⁶⁸ “Sin embargo, hay que tener presente que si bien la forma en que la Constitución resuelve la incorporación de las normas internacionales es una prerrogativa del Estado, esta incorporación, en sus aspectos procesales y de jerarquía, en ningún caso le permitirá al Estado evadir su responsabilidad internacional, lo que emana del artículo 27 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados”, en: Nash, C., *La incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional: La experiencia chilena*, en: Alberto León Gómez Zuluaga, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Corporación región (Medellín, Colombia), et al. *La aplicación judicial de los tratados internacionales*. Serie Democracia y Judicatura, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá, 2006, p. 150.

⁸⁶⁹ La Constitución Política de Chile fue aprobada mediante un plebiscito en el año 1980 y entró en vigencia el 11 de marzo de 1981. Fue objeto de una reforma sustantiva el año 1989, como parte del proceso de transición a la democracia a través de la Ley 18.825, publicada en el diario oficial del 17 de agosto de 1989.

⁸⁷⁰ Dentro de éstas también se contemplan Decretos con Fuerza de Ley, que operan mediante una delegación de funciones legislativas en el Presidente, y Decretos ley, que son normas dictadas por el Ejecutivo en regímenes de facto, cuando éste ha asumido en los hechos la función legislativa, como sucedió en tiempos de la dictadura militar. Muchos de ellos han mantenido su vigencia hasta el día de hoy.

⁸⁷¹ Constitución Política de la República (1980), artículos 32 inc. 17, y 50.1

república la negociación, firma y ratificación de los tratados, pudiéndose incluir un examen de constitucionalidad por parte del tribunal constitucional⁸⁷².

A partir de la década de los 90, el tribunal constitucional se vio en la necesidad de resolver complejas materias que decían relación, entre otras, con el vínculo existente entre los tratados internacionales y el orden jurídico interno, la supremacía y criterios de validez y aplicabilidad entre uno y otro, etc.⁸⁷³ Sin lugar a dudas, las contiendas planteadas ante dicha magistratura abonaron el ambiente para que el proyecto de reforma constitucional presentado por los senadores Andrés Chadwick y Sergio Romero tuviera receptividad a nivel parlamentario⁸⁷⁴, y para que la idea de modificar el sistema de incorporación de los tratados internacionales al Derecho interno fuera finalmente aceptada por el ejecutivo, reemplazando un ordenamiento cuyos orígenes se remontaban a la Constitución de 1828.

Los problemas que generaba la falta de definición de la constitución política de 1980 respecto al procedimiento de incorporación de los tratados internacionales, intentaron ser resueltos con la enmienda constitucional del año 2005. Esta reforma modificó el comentado artículo 50.1 e, introdujo el nuevo artículo 54.1.

Este nuevo artículo de la constitución viene a establecer, una mayor coherencia entre la vigencia internacional de los tratados ratificados por Chile y sus efectos en el ordenamiento nacional, aclara el procedimiento de su incorporación, consagra importantes normas sobre publicidad, y facilita la participación del congreso nacional en el trámite de aprobación o rechazo⁸⁷⁵.

Una de las principales consecuencias de la reforma, es que se aclaran los problemas de interpretación referidos a la naturaleza de los tratados internacionales. La nueva redacción constitucional señala que el tratado se someterá “en lo pertinente” a los trámites de una ley. En ese sentido, se ha entendido por la doctrina que dicha frase y la naturaleza de

⁸⁷² Constitución Política de la República (1980), art. 82.2.

⁸⁷³ Consúltase sobre esta problemática los trabajos de Carlos Carmona Santander, Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y de Ribera Neumann, T., *El Derecho Internacional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno en*: Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Los Tratados Internacionales en la Jurisprudencia Constitucional, Seminarios y Congresos, Lom Ediciones Ltda., Santiago, 2001.

⁸⁷⁴ Al respecto, véase también el debate sobre el particular en diario de sesiones del senado, legislatura 348ª, extraordinaria, sesión 36ª, en miércoles 26 de marzo de 2003, p. 4273 y ss.

⁸⁷⁵ Sobre la tramitación del nuevo artículo 54, N.º 1 de la Constitución en el Congreso Nacional puede consultarse a Ribera Neumann, T, y Fuentes, M., *La génesis del nuevo artículo 54 N° 1 de la Constitución ante el Congreso Nacional*, presentado a las XXXV Jornadas de Derecho Público realizadas en el mes de Noviembre de 2005 en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Valparaíso, Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso.

los tratados permiten diferenciar a una ley de un tratado como fuentes de derecho diversas, en cuanto a su procedimiento de adopción como a su rango normativo⁸⁷⁶.

En efecto, un tratado internacional, tal como lo define la convención de Viena sobre Derecho de los tratados en su artículo 2, es un acto jurídico en que concurren la voluntad de dos o más estados u organismos internacionales, a diferencia de un precepto legal o ley que es la expresión unilateral de la voluntad de los órganos colegisladores de un Estado⁸⁷⁷.

Lo que hace la reforma, en esta línea, es que sin asimilar la naturaleza jurídica de ambos tipos de normas, reconoce la especificidad de cada una y hace aplicables a la tramitación legislativa de los proyectos de acuerdo sobre aprobación de tratados, las disposiciones sobre formación de leyes en lo que sea pertinente⁸⁷⁸. Esto implica que mientras una ley se someterá a los trámites de rigor, el tratado internacional tendrá ciertas particularidades en su aprobación que se especifican en el artículo 50. Asimismo, dichas especificidades también dan cuenta de una distinción en cuanto al rango normativo de los tratados, ya que se busca que prevalezcan sobre las leyes y otras normas de inferior jerarquía⁸⁷⁹.

Otro aspecto relevante de la reforma tiene que ver con el nuevo mecanismo de derogación, modificación y suspensión de los tratados. El artículo 54.1 establece que esto se realiza mediante los procedimientos señalados en el mismo tratado o de la manera prevista por las normas generales de derecho internacional. Con esto, se buscaba por parte del legislador evitar que una ley posterior dictada en Chile pudiera modificar o dejar sin efecto un tratado, con el objeto de impedir que el estado incurriera en responsabilidad internacional⁸⁸⁰.

Una consecuencia de lo anterior, es que se plantea la imposibilidad de realizar un control *a posteriori* de constitucionalidad de los tratados, toda vez que su derogación sólo se permite a través de los mecanismos propios de los tratados o por los establecidos en el

⁸⁷⁶ García, A.M., “Tratados internacionales según la reforma del 2005”. En, *Revista de Derecho Público*, Santiago, 2006 (68), p. 72 y ss; Nogueira, H., *Reforma constitucional del 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales*. En: *Revista de Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, año 5 (1), p. 59-88.

⁸⁷⁷ Ídem, p.61.

⁸⁷⁸ Troncoso, C., “Control de constitucionalidad de los tratados. Análisis y comentarios del fallo del Tribunal Constitucional de 25 de agosto de 2009”. En: *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, año 2008, p. 149-157.

⁸⁷⁹ Esta conclusión emana de las actas de la reforma constitucional en, Pfeffer, E., *Reformas constitucionales 2005*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 287

⁸⁸⁰ Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 193

derecho internacional⁸⁸¹; sin embargo, ésta no es la interpretación que ha seguido el tribunal constitucional, el que sostuvo en el año 2009 que estaba dentro de sus atribuciones establecer la inaplicabilidad de una norma contenida en un tratado internacional⁸⁸². En definitiva, es importante tener claro que tras la enmienda constitucional del año 2005, se aclara que una vez que se encuentra vigente un tratado, éste debe prevalecer por sobre leyes de inferior jerarquía⁸⁸³ y sólo puede ser modificado en conformidad a normas especiales propias del derecho internacional público. Por tanto, para que se incorpore el instrumento internacional al ordenamiento chileno, debe ser: 1° negociado y firmado por el Presidente de la república; 2° aprobado por el Congreso Nacional; 3° ratificado por el Jefe de Estado; 4° promulgado y publicado en el Diario Oficial, según lo establecen los artículos 32 N° 17 y 50 N° 1 de la Constitución Política⁸⁸⁴.

Para responder la pregunta acerca de cuál es la jerarquía de los tratados en el ordenamiento interno, comenzaremos diciendo que, la constitución política de la república de 1980, no contempla, como sí lo hacen otras cartas fundamentales, una disposición expresa general relativa a la posición del derecho internacional público en el sistema de fuentes nacionales, ni una disposición expresa particular sobre la posición de los tratados internacionales.

En lo referente a los tratados internacionales, no hay una norma constitucional que la regule, por lo que ha sido la jurisprudencia la que ha fijado su valor⁸⁸⁵. Al respecto, la Jurisprudencia más reciente se inclina por admitir la prevalencia de un tratado internacional en que Chile es parte sobre una ley interna, ya sea ésta anterior o posterior a tal tratado; es decir, se ha optado por la tesis de la suprallegalidad⁸⁸⁶.

En lo relativo a la costumbre, si un precepto legal chileno se remite expresamente al derecho internacional, es indudable que los tribunales deben aplicar estas normas; en ausencia de remisión expresa de la ley, los tribunales chilenos han atribuido casi

⁸⁸¹ Nasch, C., *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica: Tendencias jurisprudenciales*. Ed. Fontamara, México, 2010, p. 187

⁸⁸² Tribunal constitucional. Sentencia de 25 de agosto de 2009, Rol 1288-2009.

⁸⁸³ Desde 1952 es una cuestión aceptada pacíficamente por la Corte Suprema el carácter suprallegal de los tratados internacionales, en: Benadava, S., *Las relaciones entre el derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos*, en: León Steffens, A (Coordinador). *Nuevos desafíos del derecho internacional*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1992,

⁸⁸⁴ Téllez, C., *Revista de Derecho*, Vol. IX, Valdivia-Chile, 1998, p. 179-190.

⁸⁸⁵ Benadava, S., *Las Relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los Tribunales Chilenos*, en *Nuevos Enfoques del Derecho Internacional*, Coordinación, León Steffens, A., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1992, pp. 9-59.

⁸⁸⁶ Ídem.

invariablemente validez jurídica al derecho internacional; por último, en caso de contradicción entre una norma consuetudinaria o un principio general de derecho y una disposición legal interna contradictorias entre sí, la jurisprudencia progresiva de la Corte Suprema ha sido que esta será resuelta en favor de la norma internacional⁸⁸⁷. Al efecto la Corte Suprema ha señalado: “Que aún en el supuesto de que pudieren tener aplicación las leyes internas, los principios del Derecho Internacional tienen prevalencia en estos casos”⁸⁸⁸.

Pensaremos ahora, acerca de cuál es el tratamiento de los tratados internacionales de derechos humanos. Tradicionalmente, los tratados internacionales han sido conceptualizados como “un acuerdo celebrado entre dos o más Estados, regidos por el derecho internacional y destinados a producir efectos jurídicos”⁸⁸⁹. Los tratados de derechos humanos forman parte de esta categoría general, pero tienen ciertas particularidades que los distinguen de los tratados tradicionales.

En los tratados de derechos humanos no puede considerarse que su objeto y fin sea equilibrar recíprocamente los intereses entre los estados, sino que persiguen el establecimiento de un orden público común a las partes, que no tiene por beneficiario a los estados, sino a los individuos. Esta interpretación de los tratados de derechos humanos trae importantes consecuencias: el incumplimiento de las obligaciones internacionales de derechos humanos de un estado, no da a los otros estados partes del tratado derecho para denunciarlo o terminarlo⁸⁹⁰, puesto que las obligaciones se establecen en beneficio de las personas y no de los estados. En virtud de lo anterior, las reservas a las obligaciones convencionales se encuentran limitadas y restringidas⁸⁹¹. Así, las actuaciones de los estados quedan sujetas a un control internacional, cual es, el de los órganos creados por los propios instrumentos internacionales.

⁸⁸⁷Nogueira, H., “Los derechos humanos en el derecho convencional internacional a la luz del artículo 5° de la Constitución chilena”, en Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Seminarios N° 27, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 1993, pp. 55 y ss.

⁸⁸⁸ Corte Suprema, Caso Lauritzen con Fisco, citado en Nogueira, “Los derechos humanos en el derecho constitucional y su relación con el derecho convencional internacional a la luz del artículo 5° de la Constitución Chilena”, en Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Seminarios N°27, Escuela de Derecho – Universidad Diego Portales, 1993, p. 55.

⁸⁸⁹ Benadava, S., *Derecho internacional público*. Quinta edición, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago, 1999, p. 21.

⁸⁹⁰ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrito el 23 de mayo de 1969 y entró en vigencia 27 de enero de 1980, artículo 60.5.

⁸⁹¹ Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 5, de fecha 31 julio 1981.

La naturaleza particular de los tratados en materia de derechos humanos a que hemos hecho referencia, implica también que éstos se interpreten bajo ciertas reglas particulares, que son importantes de conocer para poder realizar una aplicación efectiva de ellos en el ordenamiento nacional. Dicha regulación se encuentra en las normas de interpretación de tratados internacionales, las que podemos encontrar en la convención de Viena de Derecho de los tratados, que en su artículo 31.

En principio, la recepción y jerarquía de los tratados de derechos humanos no tienen problemas diferentes de los de la recepción del resto de los tratados. Hay, sin embargo, “una diferencia fundamental en la posición de los derechos humanos contenidos en tratados de derechos humanos dentro del ordenamiento jurídico chileno, lo que es importante examinar para saber cómo se solucionan los posibles conflictos entre dichas normas de un tratado y las de una ley o las de la propia Constitución”⁸⁹².

La diferencia entre las normas de los tratados en general y aquéllas de derechos humanos contenidas en tratados se empezó a discutir como consecuencia de la enmienda introducida al inciso segundo del artículo 5 de la Constitución Política del Estado, disposición que establecía: *"el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana"*, y a la cual se le agregó la siguiente oración: *"Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes"*⁸⁹³. La enmienda del artículo 5.2 de la Constitución presenta varios problemas de interpretación. Los autores discuten sobre determinados aspectos de la misma⁸⁹⁴, nosotros haremos un análisis de la enmienda tomando un punto centrado en la jerarquía de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales de derechos humanos. Para este análisis, tendremos en consideración algunos antecedentes que ayudan a iluminar el problema: el contexto político existente al momento de la reforma y el objeto y propósito de la misma; las disposiciones

⁸⁹² Nash, C., “La incorporación de instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional: experiencia chilena”. Ponencia presentada en el “Curso Regional para Jueces, Fiscales y Abogados de Argentina, Chile y Uruguay”, organizado por UNICEF en Montevideo 2003, p.6.

⁸⁹³ El artículo 5 fue enmendado por el artículo único, No. 1, de la Ley de Reforma Constitucional No. 18.825, de 17 de agosto de 1989

⁸⁹⁴ Silva, A., “Reforma al Artículo 5o. de la Constitución de 1980”, en Revista Chilena de Derecho, Universidad Católica de Chile, Vol. 17, No. 1, 1990, pp. 121-126; Nogueira, H., “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”, en Revista Chilena de Derecho, Universidad Católica de Chile, Vol. 23 Nos. 2 y 3, Tomo I (Mayo-Agosto de 1996), 1996, p. 341-380

sobre derechos humanos ya existentes en la Constitución de 1980; y el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos⁸⁹⁵.

En primer lugar, hay que recordar que las reformas a la Constitución fueron propuestas después de haber existido en Chile, durante 17 años, un régimen de gobierno autoritario en el cual los derechos humanos fueron violados de manera masiva y sistemática. Los partidos de oposición al régimen de entonces habían tenido como una bandera de lucha la defensa de los derechos humanos y se habían percatado, con toda claridad, de la necesidad imperiosa de que existiera una garantía internacional que protegiera los derechos humanos cuando el Estado los violaba o se negaba a protegerlos.

Por otra parte, Chile se preparaba para el término del gobierno militar y el inicio de una transición a la democracia con autoridades, elegidas por sufragio universal y sujetas al imperio de la ley.

Uno de los objetivos de los partidos de oposición al régimen de entonces era el asegurar de la mejor manera posible un sitio principal para los derechos humanos, dada la enorme importancia que su respeto tendría para una futura democracia estable. Esta posición, por lo demás, aparecía compartida por el partido renovación nacional, en ese entonces partidario del gobierno. En un documento preparado por una comisión técnica que actuó por encargo del partido renovación nacional y de la concertación de partidos por la democracia, se afirma que "la reforma propuesta persigue robustecer las garantías constitucionales y la vigencia de los derechos humanos"⁸⁹⁶ y para ello, se proponen enmiendas, entre otros artículos, al artículo 5 de la constitución de 1980, explicándose esta enmienda como un refuerzo del deber de los órganos del Estado de respetar los derechos constitucionales y los declarados por normas internacionales que comprometen al país⁸⁹⁷.

Por consiguiente, está claro que la enmienda que se examina, en el texto producto de las negociaciones, tuvo por objeto mejorar la posición de los derechos humanos dentro del ordenamiento jurídico de Chile. En segundo lugar, hay que tener presente que, antes de

⁸⁹⁵ Nash, C., *La incorporación de instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional: experiencia chilena*, ob. cit. p.6

⁸⁹⁶ Ver Informe de la Comisión Técnica formada por Abogados, Especialistas en Derecho Constitucional y Cientistas Políticos designados por Renovación Nacional y la Concertación de Partidos por la Democracia, de fecha 5 de abril de 1989, reproducido en C. Andrade G., *Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, p. 276-290 (278).

⁸⁹⁷ La redacción de esta disposición fue propuesta, como se advierte, en términos más amplios de los que en definitiva se acordaron. No hubo consentimiento por parte del gobierno del General Pinochet para incluir en el artículo 5 todas las normas internacionales que consagran o garantizan derechos humanos, sino solamente las normas contenidas en tratados. No hay documentación sobre la razón de este cambio.

dicha enmienda, existían ya en la constitución normas para la defensa de estos derechos⁸⁹⁸. Ciertamente la norma más relevante en este sentido era el propio artículo 5, que disponía que el ejercicio de la soberanía estuviera limitado por "los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana". Una reforma que intentara reforzar la protección de estos derechos tendría que ser necesariamente más amplia que el texto original que se reformaba. En tercer lugar, hay que considerar que la consagración y protección de los derechos humanos no es un hecho producto exclusivamente de un sentir nacional, sino el resultado de un arrollador movimiento internacional, del cual Chile, y particularmente los proponentes de la enmienda y aquéllos a los que les fue propuesta, estaban perfectamente conscientes y en el cual ellos se encontraban dispuestos a participar. Teniendo estos elementos en consideración, podemos dar respuesta a los diversos problemas de interpretación enunciados más arriba⁸⁹⁹.

Nos preguntamos entonces: ¿Cual es la Jerarquía de los tratados de derechos humanos?

La enorme polémica que ha provocado la enmienda al artículo 5.2 obedece principalmente al hecho de que, de manera casi uniforme, se considera que ella ha elevado los tratados internacionales que consagran derechos humanos a rango constitucional⁹⁰⁰. Un análisis cuidadoso del texto constitucional, sin embargo, obliga a hacer una precisión: lo que debe discutirse no es el rango de los tratados propiamente tales, sino que el rango de las normas que consagran derechos humanos, incluyéndose en ellas no solamente las que los formulan, sino todas aquellas que regulan su alcance o contenido, como, por ejemplo, las normas que imponen límites a su restricción en tiempos normales o a su suspensión en tiempos de emergencia, las que establecen criterios para su interpretación y otras semejantes, ya que la regulación de los derechos humanos constituye un todo que no se puede dividir⁹⁰¹. Si se examina atentamente la Constitución de 1980, a la luz de lo señalado en los párrafos anteriores, se llega a la conclusión de que "los derechos esenciales de la naturaleza humana" son un límite constitucional al ejercicio de la soberanía y, por lo tanto,

⁸⁹⁸ Ver arts. 1 y 19 No. 26 de la Constitución política de la república.

⁸⁹⁹ Nash, C., Nash, C., *La incorporación de instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional: experiencia chilena*, ob. cit. p.7.

⁹⁰⁰ Ver, en este sentido, Medina, C., "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en C. Medina y J. Mera, *Sistema jurídico y Derechos Humanos*, Cuadernos de Análisis Jurídicos, Serie Publicaciones Especiales No. 6, Universidad Diego Portales, Santiago, 1996, p. 64.

⁹⁰¹ Nash, C., Nash, C., *La incorporación de instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional: experiencia chilena*, ob. cit. p.8.

gozan de esa jerarquía desde que entró en vigencia dicha Constitución. Además, “del propio texto del artículo 5.2 puede concluirse que los derechos humanos consagrados en tratados de los cuales Chile es parte son derechos esenciales de la persona humana, ya que la Constitución se refiere a los derechos consagrados en los tratados como "tales derechos" (en clara alusión a la primera oración del inciso 2)”⁹⁰².

Está claro que, en estricto derecho no se necesitaba reforma alguna para asignar a los derechos humanos, o esenciales de la naturaleza humana, la jerarquía constitucional. La enmienda obedeció, tal como se dijo en el acápite anterior, a la desconfianza de muchos sectores del país respecto del modo en cómo se aplicaría la Constitución en el futuro.

Estimamos, pues, que la “enmienda al inciso segundo del artículo 5 reafirmó la categoría constitucional de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales vigentes en Chile y agregó al rango constitucional a los derechos y obligaciones establecidos en los tratados internacionales ratificados por Chile con todo su acervo: catálogo con su acervo jurisprudencia, obligaciones generales, normas de resolución de conflictos (suspensión de derechos y restricciones legítimas), de forma tal que se haga más factible el pleno goce y ejercicio de los mismos”⁹⁰³.

Otro argumento para sustentar esta conclusión está en el hecho de que “las fuentes de derecho internacional eran ya válidas en Chile y se las consideraba - por lo menos - en una misma categoría que la ley, por lo que un fortalecimiento del régimen de regulación de los derechos humanos sólo podía tener por objetivo elevar la jerarquía de los derechos humanos”⁹⁰⁴. Esta incorporación tenía sentido puesto que los derechos consagrados en tratados internacionales no son necesariamente los mismos que los establecidos en el artículo 19 de la Constitución y porque, además, ellos se incorporan con un rico acervo jurisprudencial formado a lo largo de los años desde que empezaron a funcionar los sistemas internacionales de promoción y protección de los derechos humanos⁹⁰⁵. La enmienda así entendida era un paso lógico y consecuente para hacer más efectiva la preponderancia de los derechos humanos frente al Estado y para reflejar la igualdad de los derechos humanos, dondequiera que ellos estuvieren consagrados⁹⁰⁶.

⁹⁰² Ídem.

⁹⁰³ Ídem.

⁹⁰⁴ Ídem, p.9.

⁹⁰⁵ Ídem.

⁹⁰⁶ Ídem.

Desde la normativa regional, también encontramos manifestación expresa de esta obligación del estado de respetar y promover los derechos esenciales garantizados en los tratados internacionales, y se traduce, según lo ha señalado la corte interamericana de derechos humanos, en:

*"garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (Americana de Derechos Humanos) a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos"*⁹⁰⁷.

Los tratados sobre derechos esenciales se diferencian de los demás a decir de la Corte Interamericana de derechos humanos porque *"No son tratados multilaterales concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos sino el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independiente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los demás."*

La principal consecuencia es, el surgimiento de importantes obligaciones para el Estado de Chile en materia de derechos humanos. Esto se explica, porque el artículo 6° de la constitución política obliga a todos los órganos del estado a adecuar su comportamiento a las normas constitucionales, dentro de las cuales se encuentran no sólo las normas del artículo 19 (que contempla el catálogo de derechos constitucionales), sino también las normas internacionales en materia de derechos humanos (como hemos visto que se desprende del artículo 5.2).

Por tanto, una necesaria consecuencia de la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho nacional, es que todos los órganos del estado están obligados a actuar en conformidad al mandato de dichas normas. Además, a partir de lo

⁹⁰⁷ Caso Gogínez Cruz, fallo de 20 de enero de 1989, serie C, N° 5, párrafo 166, citado por Humberto Nogueira en el trabajo "Dignidad de la persona y derechos humanos: Constitución, tratado y ley de amnistía", presentado en las XXIV Jornadas de Derecho Público, en *Revista de Derecho de la Universidad de Valparaíso*, N° 17-19, 1994, tomo II, p. 51-85.

dispuesto en el artículo 1º (incisos 1 y 4), en relación con las normas de los artículos 5º y 6º de la constitución, se puede extraer la obligatoriedad de las normas internacionales. Como es propio del derecho internacional, los estados deben cumplir con sus compromisos de buena fe, es decir, con la voluntad real y cierta de hacerlos efectivos⁹⁰⁸.

Este deber de cumplimiento de sus obligaciones en el ámbito de los derechos humanos adquiere ciertas características particulares, toda vez que el objeto de las obligaciones internacionales en esta materia no es la regulación de intereses recíprocos entre estados, sino la protección de los derechos individuales. De ahí que la obligación de cumplimiento de buena fe adquiera especial relevancia en materia de derechos humanos, tal como lo expresan los tratados internacionales, la jurisprudencia y la doctrina en este campo⁹⁰⁹.

Es por ello que, Chile como estado parte de la CDPD, debe asegurar el cumplimiento de los compromisos adquiridos y, en particular en aplicación de sus artículos 4 y 12, por lo cual, Chile debería transitar desde el modelo de “sustitución de la voluntad” al de “apoyo a la toma de decisiones”. Para lo anterior deberán eliminarse las normas de derecho interno que dispongan que la presencia de una discapacidad sea causa directa o indirecta de discriminación, y adoptarse medidas para la incorporación gradual de sistema de apoyo para asistir la toma de decisiones por parte de las personas que presenten alguna diversidad, física, sensorial, psicosocial o intelectual. Debe tenerse presente que lo anterior no solo implica reformas legales, sino la elaboración e implementación de políticas públicas que impliquen la asignación de recursos financieros suficientes y recursos humanos capacitados para llevar a cabo la puesta en marcha del sistema de apoyo o asistencia a la toma de decisiones. La CPDP pretende provocar un cambio social que asegure a todas las personas con discapacidad su plena inclusión en la sociedad, poniendo el acento en la eliminación de las barreras que impiden su participación activa en la misma.

Este compromiso adquirido por el estado chileno, obliga a adecuar la normativa interna, para estar en consonancia con el instrumento internacional, es por ello, que a través la ley N° 20.422, de 2010, que “establece normas sobre igualdad de oportunidades e

⁹⁰⁸ Este principio de derecho internacional emana de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículo 26.

⁹⁰⁹ Completos estudios en este campo se pueden encontrar en, Abramovich, V, y Courtis, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Ed. Trotta, Madrid, 2004; Nowak Manfred. *Introduction to the International Human Rights Regime*. Martinus Nijhoff, Oxford, 2003.

inclusión social de personas con discapacidad” (en adelante LIOISPD)⁹¹⁰, el estado de Chile comenzó a dar cumplimiento a las obligaciones que contrajo al ratificar la CDPD, y su protocolo facultativo, promulgado por el decreto supremo N° 201, del ministerio de relaciones exteriores publicado el 25 de agosto de 2008.

2. PANORAMA GENERAL DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO RESPECTO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SUS POSIBLES FRICCIONES CON LA CDPD.

Al parecer hay una intencionalidad por parte del estado chileno por cumplir con los preceptos del instrumento internacional, según se desprende de la propia ley 22.042, que acentúa el respeto a la dignidad de las personas con discapacidad, reconociendo su diversidad y sus derechos. Sin embargo, estas propuestas normativas, que vienen seguida de una obligación internacional, puede que no sean efectivas, al no plasmar de manera coordinada y planificada los principios de la CDPD, recordemos que este es un cambio de paradigma en lo referido a la noción de discapacidad y capacidad jurídica, desde una visión de los derechos humanos, por tanto, no basta con adoptar principios, sino que también, aplicarlos e interpretarlos de conformidad a la CDPD.

Afrontaremos este apartado, siguiendo la misma metodología utilizada en los ordenamientos anteriormente estudiados, comenzaremos nuestro análisis desde una perspectiva general del ordenamiento interno, respecto del tratamiento de las personas con discapacidad en relación a la capacidad jurídica, limitándonos a describir las fricciones de mayor calibre, siempre desde la mirada de los derechos humanos.

Iniciaremos nuestro estudio por la norma de mayor jerarquía en sistema jurídico chileno, que es la constitución política de la república de 1980.

Lo primero que habría que destacar es que, la reforma del año 2005 (ya analizada más arriba), y la inclusión del inc. 2, del art.5, significó circunscribir el acervo internacional de los derechos humanos en el orden interno.

Respecto a la noción de discapacidad que subyace al interior de la carta magna, no observamos ninguna referencia expresa al respecto. Sin embargo en su apartado dedicado al

⁹¹⁰ Ver: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1010903&idParte=&idVersion=2010-02-10> .Consultada, 21/09/2012

sufragio universal, el art.16 1°, señala que *el derecho de sufragio se suspende: 1° por interdicción en caso de demencia*. Esta limitación al ejercicio de los derechos políticos en razón de discapacidad, es incompatible con lo establecidos en el art.12, de la CDPD.

Sin embargo, debemos mencionar, que a contrario sensu, en abril de 2012, la ley orgánica constitucional 20.183, modifica la ley n° 18.700, sobre votaciones populares y escrutinios, con el objeto de reconocer el derecho a la asistencia en el acto de votar para las personas con discapacidad. Con esta modificación aparentemente habrá un mayor acercamiento a la CDPD en general, y en particular con el art.12.

Es así como, en las últimas elecciones municipales en Santiago en 2012, se aplica por primera vez el voto asistido, (Debidos ajustes razonables) que consistió básicamente en que el elector con discapacidad visual pudiera usar una planilla para votar, ya sea sólo con ranuras, o con ranuras y números braille. Estas planillas existirán en cada local de votación y estarían a cargo del delegado del local, quien debió facilitarlas al ser solicitadas por la mesa. En principio pareciera ser que no se provocaría un impacto, una vez emendada esta incompatibilidad, situación que aclararemos más adelante.

Por otro lado, en el ámbito civil hasta ahora, se ha dado una constancia y al parecer esta no será la excepción, al igual que los otros dos ordenamientos, presumiremos que será en este espacio, y particularmente en el régimen de la *personalidad y capacidad jurídica*, donde se provocará el impacto de mayor intensidad entre ambos ordenamientos. Esta presunción, se debe a que el ordenamiento civil chileno, es heredero del derecho europeo continental, por esta razón sospechamos que, serán las mismas instituciones ya analizadas, las que regulen la personalidad y la capacidad jurídica⁹¹¹.

Diremos que el código civil chileno no contiene una “teoría general de la capacidad”, sino “reglas generales sobre la incapacidad. Dicho de otro modo, el código estudia la capacidad desde un aspecto negativo, desde el aspecto de las incapacidades. Clasifica las incapacidades y establece todo un sistema de protección de las incapacidades (las guardas, entre otras)”⁹¹².

Como consecuencia de ello, la fuerza estigmatizante de la ley (que declara la incapacidad *-in abstracto-*), sumado al excesivo protagonismo de la evaluación médica que

⁹¹¹ Lyon, A., *Personas naturales*, Ed. universidad católica de chile. Santiago de chile, año 1985. (p.172-188).

⁹¹² Ruz, G., *La capacidad*, en *Explicaciones del derecho civil tomo I*. Ed. Abeledo Perrot. Legalpublishing, Santiago, 2011.p. 378.

el juez convierte en legal sin más, conforman una dinámica de atribución directa de incapacidad que a todas luces se encuentra seriamente cuestionada el art.12 de la CDPD⁹¹³.

Aquí ya observamos un impacto de gran calado, por que mediante las disposiciones de no discriminación y de ajustes razonables, del art.12, CDPD podría requerir que cualquier determinación o evaluación en torno a la incapacidad se desligue definitivamente de las discapacidades o de las 'causas' relativas a éstas⁹¹⁴.

A esta altura parece innegable que "la CDPD introduce un cambio significativo en un marco jurídico que regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, pasando de un sistema tradicional basado en un modelo de sustitución en la toma de decisiones a un modelo de asistencia en la toma de decisiones"⁹¹⁵. Este cambio de paradigma también debe ser enmarcado dentro del mayor cambio global respecto de la perspectiva de derechos humanos.

Otro de los ámbitos en donde también se han producido transgresiones a los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, y seguramente provoque una fricción con la CDPD, tiene correspondencia con el tema de la *seguridad y la libertad individual*, es en este espacio en donde se han cometido graves vulneraciones a los derechos de las personas con discapacidad, sobre todo con los internamientos. El tratamiento de las personas con discapacidad, en el ordenamiento chileno en materia penal, en cuanto a la responsabilidad es el siguiente; la capacidad equivale a la imputabilidad (se presupone) y la incapacidad se traduce en inimputabilidad (excepción). A este respecto, el ordenamiento jurídico chileno establece que está exento de responsabilidad penal "*el loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido (...)*" (artículo 10 N°1 del Código Penal). Al igual que en el caso de la legislación civil, las expresiones "loco o demente" no están empleadas en un sentido técnico⁹¹⁶.

⁹¹³ Ídem.

⁹¹⁴ Bach, M., *El derecho a la capacidad jurídica bajo la convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: conceptos fundamentales y guía para reformar las leyes*, ob. cit. p. 7.

⁹¹⁵ Bariffi, F., *Capacidad jurídica y discapacidad; una visión desde los derechos humanos*, p.2 y 3. El presente artículo forma parte de la obra colectiva denominada *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos*. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, coordinada por Palacios A, y Bariffi, F. Ed. Ediar, Buenos Aires, (en prensa).

⁹¹⁶ La presente monografía busca establecer un nexo interdisciplinario entre la bioética y los aspectos clínicos y jurídicos que se conectan en la atención, protección y rehabilitación de las personas afectadas por enfermedades psiquiátricas. Rueda, L, y Sotomayor, L.A., *Bioética y discapacidad psiquiátrica: clínicos y jurídicos*, p.8.

En cuanto al procedimiento, hasta antes de la reforma procesal penal en Chile, “la *anormalidad psíquica* del sujeto sería sintomática de su personalidad peligrosa y, de este modo, se impondría la aplicación de una medida de seguridad con contenido terapéutico sin necesidad que aquél cometa un delito; de allí el planteamiento de las medidas de seguridad predelictuales”⁹¹⁷. La supuesta naturaleza “terapéutica”, “curativa” o “tutelar” de dichas medidas, condujo a considerar que no eran necesarias las garantías jurídicas en su imposición, tanto sustantivas como procesales. Sin embargo, a partir del año 2000, se ha diseñado legalmente un procedimiento con todas las garantías del debido proceso para el “enajenado mental” a quien se atribuye la comisión de un delito y respecto de quien se solicita la aplicación de una medida de seguridad. Tal decisión político-legislativa estuvo directamente vinculada con la impronta garantista del sistema procesal penal chileno y con los modelos y antecedentes legislativos de derecho comparado tenidos a la vista que imponían una reforma radical en este ámbito.

Podemos decir que, si bien hay un cambio en cuanto a las garantías procesales, todavía existe una estigmatización, y una tendencia a equiparar la “enfermedad mental” con peligrosidad, tratamiento que proviene de los mismos operadores jurídicos. Es por ello de que también se producirá un impacto con el art.12, y también con el art.5 de la CDPD.

Otro de los ámbitos relacionados con el tema de estudio, donde podemos encontrar posibles fricciones, es el referido a la regulación de la bioética y atención a la salud. En Chile esta situación está regulada por la ley 20.584, sobre los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. En este ámbito, por la experiencia conocida, es donde se han cometido las más graves vulneraciones de los derechos de las personas con discapacidad. (Junto a los internamientos). Esta situación ha ido modificándose con el tiempo, sobre todo en lo que se refiere, al derecho de la autonomía del paciente, a la participación en la toma de decisiones, al acceso a la información del tratamiento, a la igualdad en el trato de atención de salud, etc.

En este sentido la legislación interna, parecería estar en consonancia con los principios que sustenta la CDPD, específicamente por lo que señala su art. 25, al reconocer el derecho a gozar de la salud, sin discriminación por motivos de discapacidad.

⁹¹⁷ Manifestación de ellas, en el ordenamiento chileno, fueron las medidas establecidas por la Ley 11.625, sobre Estados Antisociales, de 10 de abril de 1954, las que, sin embargo, no pudieron operar por problemas económicos e infraestructurales.

Observamos desde una panorámica general, que en principio no habría un impacto de gran magnitud, y si lo hay sería de menor intensidad.

La labor de los operadores jurídicos también es importante, ya que serán ellos los llamados a aplicar e interpretar la normativa internacional. Debemos advertir que en este ámbito se producirán fricciones, ya que, todavía está presente la mirada médico rehabilitadora, y la búsqueda del “déficit”, en los procesos de interdicción (incapacitación), de las personas con discapacidad mental. Además el mismo tratamiento es adoptado por los notarios en relación a las actuaciones de las personas con discapacidad al momento de celebrar un acto que requiera de su autorización como ministro de fe. Generalmente estos exigen para dicho cumplimiento, la presencia de su representante, muchas veces sin que estos estén declarados interdictos por una sentencia judicial, también aquí habría fricciones con respecto al art.12, 13, y 5 de la CDPD.

Otro de los ámbitos que son relevantes en donde posiblemente encontremos fricciones, es en la *capacidad laboral* para contratar, la normativa laboral no dice nada respecto de las personas con discapacidad, si son o no capaces para celebrar un contrato laboral, tenemos que remitirnos a la regla general de los contratos⁹¹⁸, y estas sí, limitan a las personas con discapacidad para celebrar contratos por sí mismas, por no tener *capacidad legal*, si no que podrían hacerlo a través de su representante. Por tanto, al parecer en este ámbito también se provocaría un impacto con el art. 12 y también con el art. 27 de la CDPD.

Por último debemos destacar como leyes especiales la ley 20.422, en principio parece estar en consonancia con la CDPD, ya que comparten valores comunes, lo más destacado es que subyace en la normativa nacional el modelo social, sin embargo la misma pareciera no haber respondido cabalmente a las expectativas, que se propusieron cuando se aprobó esta ley⁹¹⁹. En la misma línea, la ley 20.609, de antidiscriminación, conocida como la ley zamudio⁹²⁰, hace mención específica como grupo vulnerable de discriminación, al colectivo de las personas con discapacidad. Esta normativa sanciona a través de una acción,

⁹¹⁸ Gamonal, S., *Lineamientos de derecho del trabajo*, Ed. LexisNexis. Santiago, año 2006. (p. 27-33)

⁹¹⁹ Departamento de evaluación de la Ley cámara de diputados de Chile, “Evaluación de la Ley N°20.422”, Chile, Nov.2012.

⁹²⁰ Esta ley lleva el nombre de un joven chileno de 24 años que fue asesinado, por su orientación sexual (homosexual), por un grupo neonazi. Este crimen fue el detonante, para que esta ley, que venía exigiéndose desde todos los sectores de la sociedad civil, entrara en vigor en Chile. Producto de ello en julio del año 2012, entra en vigor la ley antidiscriminación, meses después de la muerte de Daniel Zamudio.

la conculcación sus derechos fundamentales por una discriminación arbitraria, que sea cometida por una autoridad pública o un particular, como queda de manifiesto en su art.2. Estas disposiciones en principio están en consonancia con los principios establecidos en el art.5, y en principio el 12, de la CDPD.

3. IMPACTO DEL ARTÍCULO 12 Y LA PRESENCIA DE LOS MODELOS DE CAPACIDAD, EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO.

De esta breve descripción del ordenamiento jurídico chileno, en materia de discapacidad, se desprende la necesidad de realizar modificaciones al interior del mismo, por las posibles fricciones descritas, y la intensidad de las mismas dependerá del tratamiento de la capacidad que se les dé en cada uno de los ámbitos jurídico que estudiaremos, siendo un denominador común la interpretación del art. 12.

Entendido así, el ordenamiento interno tendrá primero que todo reconocer y respetar la autonomía y la libertad para tomar las propias decisiones, principios vinculados a la dignidad inherente de las personas con discapacidad, manifestado en el artículo 3 de la CDPD, que inspiran a su vez, la regulación de la capacidad jurídica contenida en el artículo 12. Estos principios requieren, en un sentido negativo, el respeto de la libre elección de planes vida que no pueden verse restringido por razón de discapacidad. Y, en un sentido positivo, reclaman que en aquellas situaciones en que las diferencias que, en efecto, algunas personas puedan tener en sus capacidades cognitivas, y puedan generar dificultades en la toma de decisiones, se adopten las medidas o instrumentos pertinentes para eliminarlas o paliarlas, entre las que, de nuevo, las medidas de apoyo adquieren un papel de primer orden⁹²¹. El objetivo, por ende, es promover y maximizar la autonomía de las personas con discapacidad y no negarla, entorpecerla o impedirla, esgrimiendo como fundamento incuestionable el principio de protección. Así, el artículo 12 impone un nuevo “balanceo” entre el principio de protección y el principio de autonomía⁹²².

⁹²¹ De Asís, R., *La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, elección, Derecho y Poder*, en Campoy, I., (ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004 p. 67, p. 59-73.

⁹²² Cuenca, P., *El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española*, REDUR 10, diciembre 2012, p.72. ISSN 1695-078X.

Entonces, para comprobar el tratamiento de la capacidad del ordenamiento interno, (como ya se dijo) tendremos que analizar el impacto del art.12, en la normativa interna, y así conoceremos qué ámbitos del ordenamiento tendrán que modificarse, para plasmar íntegramente el nuevo paradigma de capacidad. Junto a este análisis, detectaremos la presencia de algunos de los modelos de capacidad, pudiendo así interpretar a través de ellos la noción de capacidad jurídica que se maneja al interior del ordenamiento.

Para llevar a cabo esta finalidad, estudiaremos distintos ámbitos del derecho doméstico, profundizando en el ámbito civil, especialmente en *la personalidad y capacidad jurídica*, ya que, es donde reside la concepción de capacidad jurídica. Deduciendo al igual que los anteriores ordenamientos, que será aquí, donde se provoquen las mayores fricciones entre ambos ordenamientos (nacional e internacional). Siguiendo el orden jerárquico normativo, comenzaremos analizando la constitución.

3.1 La constitución

3.1.1. Sobre el impacto

La constitución política de 1980, nace en un contexto histórico político, bastante convulso en Chile, recordemos que al momento de su aprobación (a través de un plebiscito), Chile estaba regida por una dictadura militar (desde 1973). Es por ello que esta constitución fue, y es ampliamente cuestionada, por los orígenes de la misma⁹²³. Destacamos, su art.1, que nos dice que, “*las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”. Observamos el reconocimiento a la libertad e igualdad para todas las personas sin distinción, estos principios se vinculan con el art.3 de la CDPD, que destaca, “*el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas*”.

Otra coincidencia con la CDPD, que podemos encontrar, es con el art. 19 N° 2, establece “*la igualdad ante la ley, y que, no podrá haber diferencias arbitrarias*”, esta normativa, compatibiliza, con los principios establecidos en el art. 5 de la CDPD, que es donde se promueve, la igualdad y no discriminación en razón de la discapacidad. Si bien en

⁹²³ Molina, H., *Derecho constitucional*, universidad de Concepción. Ministerio de educación, Concepción-Chile, 1998, p.21.

la normativa no se especifica a las personas con discapacidad como grupo vulnerable, se subentiende, que la prohibición de no discriminación es general, o sea para “todos”, sin distinción.

Otro artículo compatible, en relación con la CDPD, es el art.5 inc. 2, de la constitución política, que dispone que el *“ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que de la persona que emanan de la naturaleza humana”*, la propia constitución se limita en su soberanía, en cuanto, al respeto del acervo internacional de los derechos humano, siendo la CDPD, un tratado internacional de derechos humanos, deberá incluirse en este apartado, al igual que los derechos sustantivos, que se encuentran en su interior.

Una situación especial, y aquí sí habrá un impacto de gran dimensión con el art.12, se nos presenta en relación a los derechos políticos, (que en su momento señalábamos) ya que, el art.16. 1º, *“suspende el sufragio en caso de interdicción por demencia”*. Sin embargo, esta situación aparentemente varía, con la aplicación de la ley orgánica constitucional 20.183, que viene a modificar la ley 18700, en relación al derecho a sufragio de las personas con discapacidad. Al parecer esta modificación estaría en consonancia con los principios exigidos en la CDPD, en cuanto a reconocer el ejercicio de los derechos en igualdad de condiciones que los demás. Sin embargo analizando con más detalle, el art.61, modificatorio, podemos inferir, que igualmente se estaría discriminando a un grupo del colectivo de las personas con discapacidad. La norma nos dice que, *“con todo, las personas con alguna discapacidad que les impida o dificulte ejercer el derecho de sufragio, podrán ser acompañadas hasta la mesa por otra persona que sea mayor de edad, y estarán facultadas para optar por ser asistidas en el acto de votar. En caso de duda respecto de la naturaleza de la discapacidad del sufragante, el presidente consultará a los vocales para adoptar su decisión final”*. Si nos fijamos, hay una facultad expresa que se le da al presidente de mesa (una vez consultado con los vocales de mesa), para tomar una decisión respecto de la persona con discapacidad que pretende votar. El hecho de que se dude *“respecto de la naturaleza de la discapacidad”*, es en primer lugar una facultad que no es legal ya que no podemos facultar a una persona, que no tiene autoridad legal, para decidir si una persona puede o no ejercer sus derechos políticos, y estamos hablando de un derecho inalienable.

Además, hay una incongruencia, ya que si observamos el encabezado del artículo, veremos que no distingue respecto de ninguna discapacidad para ejercer este derecho, incluso es más, las propias personas con discapacidad están facultadas para “optar” a ser o no asistidas, ya que suponemos que la modificación tiene como finalidad, a que “todas” las personas con discapacidad sin exclusión puedan votar.

Por tanto, podemos deducir de la misma modificación, que la misma es parcial, ya que no engloba a las personas con discapacidad mental, porque estas siguen suspendidas en su derecho a votar, ya que, el art. 16. 1º permanece tal cual, no ha sido modificado ni derogado⁹²⁴, por la ley orgánica 20.183. Por tanto ratificamos la afirmación acerca de que se provoca un impacto de gran magnitud, con el art.12, y 3, y 5 de la CDPD, el limitar el ejercicio de los derechos, restringir la autonomía, e incluso vulnerando la dignidad de la persona con discapacidad que acude a votar, porque se duda de su “competencia” para hacerlo, por la “naturaleza de la discapacidad”. Habrá de enmendar esta situación, con una modificación “total”, comprendiendo la heterogeneidad del mundo de la discapacidad. Impacto que se hace extensivo también al art. 29 de la CDPD, que promueve la participación en la vida política y pública, al decir que *“Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás”*.

3.1.2. Sobre los modelos de capacidad

En cuanto a los principios que se establecen en algunos artículos de la constitución, podemos inferir la presencia del modelo promotor, por la consonancia en cuanto a sus fundamentos. Es así, como el art. 1, de la constitución política dice que, *“las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*, principios que subyacen también en el modelo promotor, siendo estos los pilares que sostienen su base, la autonomía como un componente de la dignidad, la libertad para tomar las propias decisiones y la igualdad (material) para ejercer estos derechos, sin límites a dicha actuación.

En el mismo sentido, lo expresa el art. 19 N° 2, al decir, que, *“ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitraria”*. Debemos aclarar al respecto, que “son muchas las valoraciones que del principio de igualdad se hacen para determinar su

⁹²⁴ Ídem.

contenido como premisa para el desarrollo de políticas de lucha contra la discriminación”⁹²⁵. Decimos esto porque si bien supuestamente están en armonía en cuanto a la forma, debemos subrayar que el modelo promotor acoge el derecho de igualdad (no discriminación) de las personas con discapacidad en su dimensión de formal y material⁹²⁶. El modelo propone una igualdad de oportunidades, esto supone “poner en juego instrumentos, como las medidas de accesibilidad, los ajustes razonables o el apoyo a la toma de decisiones, elementos que pasan a formar parte esencial de la lucha contra la no discriminación”⁹²⁷.

Esto lo destacamos ya que en el art. 16 N° 1, es manifiestamente contrario a lo mencionado en el 19 N° 2, ya que este precepto suspende el derecho de sufragio, “*por interdicción en caso de demencia*”. Aquí, podemos constatar la presencia del modelo paternalista, ya que se limita el ejercicio de los derechos políticos en razón de discapacidad. Por tanto la autonomía se verá restringida, y su capacidad jurídica anulada, hasta que esta persona se rehabilite, o sea “normalizada”. Por tanto debemos cuestionar la amplitud de la noción de igualdad que se manifiesta, según el art.19 N° 2, ya que estos principios, como hemos comprobado, no se sustentan, siendo incongruentes con sus postulados, ya que la discriminación tiene que ser defendida, bajo cualquier atisbo de arbitrariedad, y en este caso si se produce una vulneración a este derecho, y a su vez a la igualdad ante la ley, el mismo art. lo dice “*ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*”, en este caso, es la propia ley la que discrimina, al limitar el ejercicio de un derecho por motivos de discapacidad. Si bien, se ha modificado la legislación en relación al sufragio, y se han realizado los debidos ajustes, estos no han sido suficientes, por no considerar en estas transformaciones a las personas con discapacidad mental, siendo el grupo más vulnerable en sus derechos.

En síntesis, vemos la presencia de ambos modelos en este ámbito, deduciendo de los principios que se manejan en la normativa. Si bien en alguna de ellas hemos podido apreciar un respeto a la autonomía, y una promoción de la misma, hemos visto también límites a la autonomía, debido a la restricción de derechos, justificada por motivos de discapacidad. Ambos modelos se hacen presentes, pudiendo pensarse en una primacía del

⁹²⁵ Campo, A., *La no discriminación de las personas con discapacidad en la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, en: 2003-2012: 10 años de la legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España, ob. cit. p.79.

⁹²⁶ Ídem.

⁹²⁷ Ídem, p.83.

modelo paternalista, ya que todavía la visión respecto de la discapacidad es médico-rehabilitadora.

3.2. Ámbito civil

3.2.1. Régimen general de personalidad y capacidad jurídica

3.2.1.1. Sobre el impacto

Al igual que en los otros dos ordenamientos estudiados, presumimos que será en este ámbito donde se provoque el mayor impacto con el art.12 de la CDPD. Debido a las visiones completamente opuestas que sostienen ambos ordenamientos (nacional y la CDPD) respecto a la interpretación de la autonomía, y a la libertad para tomar decisiones.

En el ordenamiento jurídico chileno se distinguen “dos tipos de capacidad; una, que consiste en la aptitud legal para adquirir derechos y obligaciones, denominada comúnmente capacidad de goce; y otra, que consiste en la aptitud de las personas humanas para obrar por sí mismas en la vida civil, denominada capacidad de obrar o, simplemente de ejercicio”⁹²⁸.

El principio general establecido en el código civil chileno, es que todas las personas humanas son capaces, salvo aquellas que la ley haya declarado incapaces. Así lo dispone el art. 1446 del Código civil. En consecuencia, la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción. Y el principio legal precedentemente expuesto significa también, que cada “incapaz”, de derecho o de hecho, lo es únicamente en la medida establecida por la ley.

La capacidad de goce es consustancial al concepto de persona, “toda vez lo que constituye en esencia la personalidad es la posibilidad jurídica de adquirir derechos y obligaciones. De modo que es inconcebible que pueda existir una persona que carezca de esta capacidad o que teniéndola, carezca de personalidad”⁹²⁹. Diríamos entonces que no hay incapacidades de goce absolutas. Esta capacidad de goce, o ser titular o sujeto de un derecho, no está definida por el código civil, pero se estudia doctrinariamente como un

⁹²⁸ Lyon, A., *Personas naturales*. Ed. universidad católica de Chile. Santiago de Chile, año 1985, p. 172

⁹²⁹ Ídem.

atributo de la personalidad, por lo que todo individuo de la especie humana tiene capacidad de goce, de ahí que se diga que se confunde con la noción de personalidad⁹³⁰.

En cambio la capacidad de ejercicio si está definida en el código civil, el art. 1445, señala que la “*capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o autorización de otra*”.

En el sistema civil chileno la incapacidad pueden ser de tres clases: absoluta o relativa e incapacidades especiales. La absoluta impide ejecutar acto jurídico alguno. El incapaz “no puede ejercitar el derecho bajo ningún respecto ni circunstancia alguna. La relativa permite, en cambio la celebración de actos jurídicos. El relativamente incapaz puede ejercitar sus derechos bajo determinados respetos y ciertas circunstancias”⁹³¹. La incapacidad absoluta y relativa son generales, porque se refieren a la generalidad de los actos. Estas se encuentran taxativamente señaladas en la ley. El estudio de las incapacidades se reduce al estudio de las medidas de protección en favor de ciertas personas en razón de la edad, demencia, estado civil, etc.⁹³² Las incapacidades especiales o particulares consisten más bien en prohibiciones que la ley impone a ciertas personas para ejecutar ciertos actos. (art.1447 inc. final). Estas también son excepcionales, puesto que la regla general sigue siendo que toda persona legalmente capaz puede ejecutar cualquier tipo de actos, excepto aquellos que la ley prohíbe.

Por el interés de nuestro estudio, nos centraremos en las “*incapacidades absolutas*”. Señala el art. 1447, inc. 1º “*Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente*”.

En el sistema civil chileno, la palabra “demente” está tomada por A. Bello⁹³³ (redactor del código civil) en sentido natural y obvio, es decir, como toda “enfermedad mental” privativa de razón. A propósito de esto diremos que la nueva ley de matrimonio civil caracteriza la demencia en sentido amplio en el art.5º N° 3, cuando señala que no pueden contraer matrimonio: “*los que se hallaren privados del uso de la razón y los que*

⁹³⁰ Ruz, G., *La capacidad*, en *explicaciones del derecho civil* tomo I, Ed. Abeledo Perrot. Legalpublishing . Chile. Santiago de Chile, 2011.p 379.

⁹³¹ Ídem,p.381

⁹³² Ídem.

⁹³³ En 1829, a los 47 años de edad, se estableció en Chile. Desde su nueva posición, Bello inició una fecunda labor intelectual, cultural y política que dejaría profundas huellas en el país. Fue rector de la Universidad de Chile a partir de 1843, cargo para el que fue reelegido tres veces consecutivas. Fue también senador en 1837 y 1855 al tiempo que se constituía en redactor fundamental del Código Civil chileno, basado en el napoleónico. Publicó, también, varias obras de jurisprudencia y derecho internacional. Pagina consultada el 12/05/2013. www.biografiasyvidas.com/biografias/b/bello.htm.

por un trastorno o anomalía psíquica, sean incapaces de modo absoluto para formar la comunidad de vida que implica el matrimonio". El código civil no define la "demencia", pero con esta expresión se refiere a la situación en que se encuentra una persona que, por alteración de sus facultades mentales carece de la aptitud necesaria para dirigir su persona o para administrar sus bienes⁹³⁴.

En el ordenamiento chileno, las personas "dementes" pueden ser declaradas interdictos a través de una resolución judicial en el que el tribunal declara la incapacidad a petición de las personas habilitadas que la ley señale para solicitarla. Debiendo esta resolución publicarse e inscribirse en el registro conservatorio respectivo, a fin de publicitar la medida⁹³⁵.

Así, las normas chilenas desconocen la capacidad jurídica de ejercicio de las personas con discapacidad mental en términos generales, disponiendo en el código civil, incluso, la solicitud de su declaración de interdicción definitiva en forma imperativa una vez alcanzada la mayoría de edad, manifestándose en inhabilidades específicas como las de testar, ser testigo, y ejercer el derecho a sufragio.

Diremos que para los fines del derecho privado, la "enfermedad mental" afecta a la capacidad del individuo en la medida que le impida a manejarse a sí mismo y administrar sus intereses. Y para ello no debe observarse el aspecto patrimonial. También debe considerarse la conducta general del sujeto en sus diversas esferas de relaciones jurídicas, por ejemplo, en las relaciones de familia, aunque la enajenación no afecte inmediatamente a la administración de los bienes. Como dice Orgaz este aspecto esencialmente jurídico es el de mayor importancia, pues para el derecho, no puede bastar la sola circunstancia de que el individuo sea un "enfermo mental" dado que no se trata aquí de la mera comprobación de un estado de *insania*, sino de una *incapacidad* para la vida jurídica.

Situación que hemos venido cuestionando desde los ordenamientos anteriores, que una persona con discapacidad mental por causas médicas, vea restringido el ejercicio de sus derechos y la participación en todos los ámbitos de la vida, es arbitrario. Esta visión del sistema jurídico chileno, impacta de pleno, con los postulados del art.12. De la CDPD, dado este, reconoce la igualdad en el ámbito de la capacidad, englobando sus dos dimensiones. La normativa internacional, no presentan límites al ejercicio de los derechos,

⁹³⁴ Corte de apelaciones de concepción, 27 de agosto de 1986, "Gaceta", t 2 N° 3325, p.613.

⁹³⁵ Ruz, G., *La capacidad*, en *explicaciones del derecho civil* tomo I, ob. cit. p. 383.

no hay discriminación por motivos de discapacidad. Sí, habrá personas que necesiten de mecanismos de apoyo para potenciar su autonomía, consolidando de esta manera el ejercicio de sus derechos.

La incapacitación o inhabilitación de una persona para ejercer sus derechos civiles y políticos en caso de “demencia”, se encuentra regulada por la Ley N° 18.600 (normas sobre “deficientes mentales”), este proceso, denominado en la normativa chilena “de interdicción”, consiste en la privación de la capacidad jurídica de una persona, lo que condiciona la posibilidad de celebrar actos con efectos jurídicos a la decisión de un tercero, quien decide por su representado⁹³⁶. La interdicción definitiva que establece el artículo 4 de la ley, es “el resultado de un procedimiento judicial no contencioso, (modificado en el año 2004, por la ley 19.954) con audiencia de la persona con discapacidad y el mérito del certificado de inscripción en el registro nacional de la discapacidad”⁹³⁷. Sus medidas tienen cierta flexibilidad por cuanto la persona interdicta podría disponer de ciertas sumas de dinero, administrar ciertos bienes, o celebrar contratos de trabajo con la autorización del curador. No existe control periódico posterior acerca de la gestión del curador. Debemos subrayar que el “demente” es incapaz por el solo hecho de ser demente. La interdicción por demencia, es la resolución judicial que declara a una persona como demente. El demente es incapaz porque es demente, no porque el interdicto así lo afirma. El interdicto es solamente un medio de prueba.

Debemos subrayar que, a pesar de que la modificación de la Ley N° 18.600 rige desde el mes de julio de 2004, su aplicación e interpretación por parte de los juzgados civiles no ha sido uniforme. A la fecha nos encontramos todavía con algunos jueces que se niegan a tramitar las interdicciones como una gestión civil voluntaria, calificándola como un procedimiento de carácter tendencioso. Otros, permiten la tramitación voluntaria, pero le incorporan diversas etapas que no están contempladas en la modificación de la ley.

Consecuencia de lo anterior, observamos una incongruencia al interior del ordenamiento superviviendo dos procedimientos, que atenta contra el principio de seguridad jurídica, además que se pierde la finalidad por la cual fue modificada el anterior

⁹³⁶ La Comisión de Superación de la Pobreza, Planificación y Desarrollo Social de la Cámara de Diputados, encomendó al Departamento de Evaluación de la Leyes, 20.422 y 18600. Informe Ejecutivo: Evaluación de la Ley N° 18.600, Santiago de Chile, marzo de 2013, p.1.

⁹³⁷ Marinkovic, J, “Una mirada desde la práctica de la declaración de interdicción”, Boletín del n° 7, departamento de estudio de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región metropolitana, Santiago de Chile, abril de 2012, p. 3.

procedimiento, que era precisamente agilizar el trámite procesal, y todo lo engorro de los administrativo, todo ello en beneficio de la familia, y de la propia persona con discapacidad interdicto. Destacamos esta situación, entendiendo que igualmente ambos procedimientos (contencioso o voluntario) son discriminatorios, y contradicen los postulados del art.12 y 5 de la CDPD, ya que permanece el modelo de sustitución como mecanismo de protección, siendo contrario al modelo de apoyo que defiende la CDPD, promoviendo la igualdad y no discriminación, reflejado en dicho mecanismo.

Estas modificaciones realizadas (por la ley 19.735) a la ley 18.600, que en lo sustancial vino a reemplazar el término “*deficientes mentales*” por el de “*personas con discapacidad mental*”, y que a su vez estableció una curaduría provisoria que opera de pleno derecho en favor de las personas con discapacidad mental, homologó y simplificó el diagnóstico y certificación de la discapacidad mental disponiendo la aplicación del procedimiento establecido en el título II de la Ley N° 19.284 modificada posteriormente, por la Ley N° 20.422⁹³⁸.

Como podemos apreciar estas modificaciones no son suficientes de conformidad a las exigencias de la CDPD, ya que ninguna de ellas tiene por finalidad el reconocimiento del ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad mental, desde la mirada de los derechos humanos. Estas modificaciones apuntan a flexibilizar las normas del procedimiento de interdicción, pero bajo el mismo modelo de sustitución, incompatible con el art.12 de la CDPD, si bien la modificación del lenguaje es un avance, no es del todo íntegra, y seguimos anclados en el modelo medico rehabilitador de la discapacidad, disonante con el modelo social que subyace en la CDPD.

Por otro lado, respecto a las personas con discapacidad auditiva, antiguamente en el código civil se consideraba absolutamente incapaces a los sordomudos que no podían darse a entender por escrito. Hoy la causal “pareciera ser que se ha restringido, permitiendo a muchas personas que antes eran incapaces por no poder darse a entender por escrito, ser plenamente capaces del momento en que puedan darse a entender claramente. Sin embargo, en realidad se ha ampliado considerablemente el número de personas que pueden caer bajo esta causal de incapacidad”⁹³⁹.

⁹³⁸ Ídem, p.2

⁹³⁹ Ruiz, G., *La capacidad*, en *explicaciones del derecho civil* tomo I, ob. cit. p.385.

En efecto, antes eran absolutamente incapaces solo los sordos que no podían darse a entender por escrito. Hoy lo son, no sólo sordos, sino los sordomudos, que antes eran absolutamente. Indudablemente, “dejan de caer en incapacidad desde que pueden darse a entender claramente, a través de otra forma de comunicación, como, por ejemplo, el lenguaje de señas, eso sí, siempre que se exprese claramente mediante él. En este caso la causa de incapacidad radica en que dichas personas carecen de un medio para expresar su voluntad con claridad”⁹⁴⁰. Sin embargo para estar en consonancia con el nuevo paradigma, más relevante que la persona sorda se exprese “claramente”, es que haya del otro lado un receptor que conozca la lengua de señas, que interprete de manera inequívoca la voluntad de la persona con discapacidad sensorial.

La nueva ley de matrimonio civil por ejemplo, incluye la modificación para considerarlos inhábiles para ser testigos de un matrimonio (art.16 N°5), pero no lo hace para (art.13) la información y celebración del matrimonio, en donde permite que el acto se celebre a través de una persona habilitada para entender el lenguaje de señas.

Aquí se provoca otro fuerte impacto con la CDPD. Estas incongruencias que venimos señalando en cuanto a la aplicación del procedimiento de interdicción y a los requerimientos exigidos a las personas sordas o sordo mudas, van en una dirección contraria a los principios del art.12 de la CDPD. Es la sociedad la que tiene que realizar los ajustes razonables, en este caso los operadores jurídicos, para que las personas con discapacidad sensorial puedan expresar su voluntad mediante su propio lenguaje, debemos respetar esta diversidad como algo natural, en todos los ámbitos y adecuar los mecanismos necesarios para responder a ellos. No se entiende como esta modificación, que pretendió ampliar la capacidad a otro grupo del colectivo de las personas con discapacidad, resultó siendo contraria, extendiéndose la “incapacidad” a otro grupo del colectivo, que antes de la modificación, no eran considerados “incapaces”, está normativa, atenta contra el principio de seguridad jurídica. Siendo esta ley posterior más perjudicial, que la anterior, cambiando la condición del estado civil.

Es por ello que el procedimiento de interdicción debe ser reemplazadas por el modelo de apoyo de conformidad al art.12.3 de la CDPD, se tiene que modificar de manera gradual el modelo de sustitución. Con la plasmación de este nuevo paradigma las personas con discapacidad sensorial podrán manifestar inequívocamente su voluntad, a través de un

⁹⁴⁰ Idem, p.386.

asistente que pueda interpretar sus deseos y preferencias, y de esta manera manifestar libremente sus decisiones, compatibles con su proyecto de vida.

Este artículo 12, con su audaz formulación, obliga a revisar todos los sistemas legales vigentes restrictivos de la capacidad jurídica por razón de discapacidad, y a plantear modelos innovadores, de nueva planta, que orbiten en torno al paradigma de los apoyos. Los cinco apartados del artículo sientan las bases del nuevo modelo de plena e irrestricta igualdad ante la Ley de las personas con discapacidad, cuyo contenido ha de ser respetado por las legislaciones nacionales de los estados parte de la Convención, para lo cual tendrán que introducir reformas y modificaciones de alcance.

3.2.1.2. Sobre los modelos de capacidad

El ordenamiento jurídico civil chileno, sobre todo en este ámbito está empapado del modelo paternalista. Su presencia la podemos advertir a través de instituciones emblemáticas de sus postulados, como la interdicción y el modelo de sustitución, que regulan el tratamiento de la capacidad, (diríamos la incapacidad) construyendo su identidad exclusivamente sobre su “incompetencia”. Resultado de ello, es la limitación de la autonomía, justificada en un exceso de protección malentendida, que resulta en una restricción de derechos. En este ámbito primará el principio de protección sobre el principio de autonomía.

En esta “mecánica” diríamos que, el ordenamiento chileno aplica un “método de atribución por estatus” (*status attribution*), según el cual, una vez que se establece que un individuo tiene una discapacidad, el derecho presume su falta de capacidad jurídica. Tradicionalmente se ha considerado que ciertas discapacidades como la ceguera, la sordera, la diversidad intelectual, y la discapacidad psicosocial eran (son) causales de incapacitación⁹⁴¹. Ante esta situación, la respuesta jurídica ha sido la de limitar de un modo absoluto la capacidad jurídica de la persona, lo que se suele denominar como interdicción o incapacitación total, que comprende todos los aspectos significativos de carácter personal

⁹⁴¹ Dhanda, A., *Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?*, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol., 34, 2006-2007, p.431

(matrimonio, adopción, alistamiento en fuerzas armadas etc.) y de carácter patrimonial (testar, comprar, vender, donar etc.) del individuo⁹⁴².

El estudio comparativo de los principales ordenamientos nacionales en materia de capacidad jurídica, al menos de los países herederos del derecho germánico-romanista, muestra que las deficiencias que justifican una presunción jurídica de falta de autonomía de la voluntad no se corresponden con la definición legal de discapacidad, o de persona con discapacidad, que asume cada ordenamiento. En otras palabras, la legislación civil no parece hacer eco de que las personas a las cuales la ley desprovee de capacidad jurídica, son personas con discapacidad, al menos en el sentido de la CDPD. Así, mientras los Códigos Civiles u otras normas de derecho privado, utilizan denominaciones como *dementes, sordomudos, ciegos, enfermos o deficientes mentales*, por nombrar sólo algunas, las normas antidiscriminatorias o de protección de los derechos de las personas con discapacidad asumen definiciones, y utilizan términos más propios del modelo social y del discurso de los derechos humanos, sin que parezca que haya relación alguna entre los destinatarios de ambos marcos normativos⁹⁴³. Es lo que sucede al interior del ordenamiento chileno, por una lado el art.1447, del código civil, tiene una mirada paternalista en relación a las personas con discapacidad, fundamentando su limitación en el en los rasgos del propio individuo, o sea en su “deficiencia”.

Por otro lado la ley 20.422, sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, de 2010, establece en su art.5 que, *persona con discapacidad es aquella que teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o*

⁹⁴² Por ejemplo el artículo 62 del Código Civil argentino establece que: [...La representación de los incapaces es extensiva a todos los actos de la vida civil, que no fueren exceptuados en este Código...]; El artículo 1447 del Código Civil chileno establece que: [...Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente. Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución...]; Un lenguaje prácticamente igual lo encontramos en el artículo 1504 del Código Civil Colombiano.

⁹⁴³ Por ejemplo, en el derecho chileno compárese las leyes n° 18.600, sobre personas con discapacidades mentales (en especial artículo 2), con las disposiciones pertinentes del código civil (en especial los artículos 456 y 1447); en el derecho portugués compárese la ley n° 38/2004 de 18 de Agosto Define as bases gerais do regime jurídico da prevenção, habilitação, reabilitação e participação da pessoa com deficiência, con las disposiciones pertinentes del código civil (en especial los artículos 138 y 152); En el derecho italiano compárese la ley n° 104, "Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate", con las disposiciones pertinentes del código civil (en especial los artículos 404, 414, 415); En el derecho argentino, compárese la Ley N° 22.431 "Sistema de protección integral de los discapacitados" (en especial artículos 2 y 3), con las disposiciones pertinentes del código civil (en especial los artículos 54, 140, 141, y 152 bis); también esta peculiaridad está presente en el derecho inglés donde se puede comparar la Disability Discrimination Act 1995 (en especial artículos 1-3) con las Mental Capacity Act 2005 (en especial artículo 1-3) y la Mental Health Act 2007 (en especial artículo 1-3)

intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Inferimos de lo expresado, la presencia del modelo social de discapacidad, o sea que las causas de la discapacidad son mixtas, si bien el individuo tiene una “deficiencia”, es la sociedad la que lo discapacita⁹⁴⁴. Por tanto, siendo esta ley posterior al código, y además especial, debería derogar, toda la normativa interna que fuera contraria a dichos planteamientos o incompatibles a él. En cambio hoy perviven en el ordenamiento jurídico ideas que son incongruentes entre sí, y atentan contra la armonía y unidad del ordenamiento.

En síntesis, en este ámbito encontramos la presencia del modelo paternalista, por los elementos inequívocos de sus postulados, comenzando por la interpretación restringida de la autonomía, la sustitución de la voluntad, y además, de la limitación del ejercicio de los derechos. La primacía es más que clara del modelo paternalista, esto se traduce en la inclinación de la “balanza” hacia el principio de protección sobre el principio de autonomía. Y donde la toma de decisiones la adoptan “por”, sustituyendo la voluntad de la persona con “deficiencia”.

3.2.2. *Instituciones de protección y representación*

3.2.2.1. *Sobre el impacto*

Hasta ahora, se ha dado la misma tendencia que en los otros ordenamientos estudiados, esto quiere decir que, los absolutamente incapaces sólo pueden actuar en la vida del derecho a través de su representante. Así, el art.43 del código civil, señala quienes son representantes legales de un incapaz: “*Son representantes legales de una persona el padre o la madre, el adoptante y su tutor o curador*”. La sanción de los actos ejecutados por los incapaces absolutos es la nulidad absoluta, según lo prescribe el art.1682 inc.2º⁹⁴⁵.

⁹⁴⁴ [...no serían las limitaciones individuales las raíces de la “discapacidad”, sino las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de todas las personas sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. Esto significa entender que, una cuestión es la diversidad funcional de la persona (esto es, una diferencia física, mental, sensorial o intelectual respecto de la media), y otra la desventaja que se presenta cuando dicha persona quiere interactuar en sociedad. Esta desventaja sería la consecuencia del diseño de un tipo de sociedad pensada para una persona “estándar”, que dejaría afuera las necesidades de las personas con diversidad funcional...] Palacios, A., *El modelo social de discapacidad*, ob.cit. p. 314-330.

⁹⁴⁵ Ídem.p.382.

A la fecha de la dictación del código civil, la distinción entre tutela y curatela ya estaba totalmente dejada de lado. Sin embargo, A. Bello la mantuvo. Esta dualidad creaba problemas puesto que, cuando las personas sometidas a tutela llegaban a la pubertad⁹⁴⁶, era necesario hacer una nueva designación para nombrarle un curador. Por ello cuando se estudió la reforma del código en lo que vino hacer la ley 7.612, se revisaría la situación. Si bien no hubo acuerdo de establecer una sola categoría, por lo menos se resolvió el problema principal que creaba la existencia de las dos categorías al establecer en el art. 436 que *“llegado el menor a la pubertad, su tutor entrará a desempeñar la curatela por el solo misterio de la ley”*.

El art.338 del código civil señala que *“las tutelas y curatelas son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos o administrar competentemente sus negocios y que no se hayan bajo potestad del padre o madre, que pueda darles protección debida”* (inc.1°), y la misma norma agrega: *“las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores o curadores y generalmente guardadores”* (inc.2°).

La finalidad de la curatela con respecto a las personas con discapacidad, no es otra que la de protección, uno de los objetivos del modelo de sustitución, así se desprende del art. 342: *“están sujetos a curaduría general los menores adultos; los que por prodigalidad o demencia han sido puestos en entredicho de administrar sus bienes; y los sordos o sordo mudos que no pueden darse a entender claramente”*. Las mismas justificaciones que han sido motivo de incapacitación en los otros ordenamientos estudiados, también se presenta en el chileno. Es decir, se continúa discriminando en razón de discapacidad, bajo influencia del modelo medico, acrecentando la visión parcial, que no permite considerar la relevancia de otros aspectos de la vida, como son las relaciones sociales e interpersonales.

Esta mirada sesgada, justificada en el peritaje psiquiátrico, reconoce un “déficit” de la persona, que implica la anulación de la autonomía. Lo mismo sucede con las discapacidades sensoriales, se incapacita por falta de expresión de la voluntad de la persona, al no poder transmitirla claramente, sin embargo, si se realizan los debidos ajustes razonables, la persona podría manifestar inequívocamente su voluntad.

Por lo mismo, la interdicción y el modelo de sustitución, impactan plenamente en la esencia del art.12, que manifiesta justamente lo contrario. El nuevo paradigma que subyace en este artículo busca potenciar la autonomía a través de los mecanismos de apoyo (ajustes

⁹⁴⁶ Ídem.

razonables), que permitan expresar inequívocamente la voluntad de la persona. Este reconocimiento de la capacidad, desde una visión integral, nos permite proponer una capacidad jurídica universal, sin establecer límites a su ejercicio, o sea sin discriminación en razón de discapacidad.

A su vez el modelo de sustitución, también impacta plenamente, con el art.3 de la CDPD, que nos habla del respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual y libertad de tomar las propias decisiones. Y su vez irradia al art.19, el derecho a vivir una vida independiente, ya que si una persona no puede tener autonomía para decidir sobre sus propios asuntos, menos podrá desarrollar su propio proyecto de vida.

3.2.2.2. Sobre los modelos de capacidad

La nueva modificación del art 4, de la ley 18.600, instruye a que el padre o la madre de una persona “deficiente mental” inscrita en el registro nacional de la discapacidad puede solicitar su interdicción ante un juez, quien deberá entrevistarse con la persona con discapacidad⁹⁴⁷. Tras el decreto de interdicción por demencia, el magistrado debe nombrar a un curador que deberá estar a cargo de la persona con discapacidad. Este curador puede ser cualquiera de los padres o, en su ausencia, algún familiar cercano, y tendrá como tareas administrar los dineros que se le asignen a la persona con discapacidad para sus gastos personales, y autorizar los contratos de trabajo que con su protegido pudieran celebrarse⁹⁴⁸.

Podemos inferir de lo dicho en la propia ley, que en este ámbito prima el modelo de sustitución, como mecanismos de protección a la persona con discapacidad mental, dejando de lado el principio de autonomía. Esta manifestación de la representación, es una muestra inequívoca de la presencia del modelo paternalista, siendo el mismo mecanismo de protección que adopta para la construcción de sus postulados. Nuevamente es relevante la habilidad cognitiva, ya que dependerá de ella, si se puede o no tomar las decisiones por sí mismo, o sea que esta haya sido adoptada de manera racional o juiciosa. De nuevo la “balanza” se inclina al principio de protección sobre el de autonomía, la primacía del modelo se asienta desde la visión medico paternalista.

⁹⁴⁷ Biblioteca del congreso nacional /BCN, consulta 20/08/2013. www.bcn.cl/actualidad_legislativa/temas_portada.2005-11-04.4480877796. Consultada 03/05/2013.

⁹⁴⁸ Ídem.

Estas modificaciones realizadas por el ordenamiento chileno, desde la mirada paternalista, son meras transformaciones de carácter “simbólico”, no tiene injerencia en el fondo de la situación de las personas con discapacidad mental, ya que este, no solamente es un problema de carácter procesal, sino que una cuestión de visiones, y el primer gran paso para provocar este cambio real, es el reconocimiento del nuevo paradigma de capacidad jurídica.

En síntesis, constatamos la presencia del modelo paternalista, donde la visión protectora de la persona hecha andar todo el mecanismo que fundamenta sus postulados, la limitación del ejercicio de los derechos, sustitución de la voluntad, y la anulación en la toma de decisiones, en relación a las personas con discapacidad mental y sensorial.

3.2.3. Voluntad anticipada.

Esta figura no se encuentra reglamentada en el ordenamiento jurídico chileno. Siguiendo la metodología estudiada, nos ceñiremos a decir simplemente que esta ausencia de regulación sería un hecho diferenciador, entre este, y los otros dos ordenamientos, en cuanto a los ámbitos del derecho interno analizados, ya que los demás, están presentes en los tres ordenamientos.

3.2.4. Capacidad jurídica para realizar actos jurídicos patrimoniales

3.2.4.1. Sobre el impacto

Quienes pueden celebrar actos y contratos por sí mismas según el ordenamiento chileno, son aquellos que tienen la capacidad legal, que consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o la autorización de otra, según el art.1445 inc.2° del código civil. Las personas con discapacidad mental y sensorial, no pueden celebrar actos jurídicos por sí mismas, estas sólo podrán hacerlo a través de un tercero, que será su representante, curador de conformidad al art.43.

Ahora bien, cuando se celebran actos y contratos jurídicos, es importante saber el momento en que se formó el consentimiento, ya que los requisitos de validez se determinan

en relación al momento en que se perfeccionó el contrato⁹⁴⁹. Se verifica la capacidad legal de quien lo celebró, con la exacta determinación del momento en que se forma el consentimiento, se puede saber si la persona era capaz o no al momento de celebrar el contrato⁹⁵⁰.

Pero que sucede con la persona con discapacidad mental, que ha celebrado un acto jurídico en un “intervalo lucido”, según el art. 456 del código civil.

De conformidad con la ciencia psiquiátrica, es muy difícil que un “demente” tenga intervalos lucidos, pero para el redactor del código civil, A. Bello sí es posible⁹⁵¹. Si no existen los intervalos lucidos, la prueba se reduce a acreditar que a la época de la celebración del acto la persona del contratante estaba “demente”.

A propósito de ello, los tribunales han resuelto que se puede utilizar cualquier medio de prueba, especialmente el informe de peritos. De toda evidencia de probar que a la hora precisa del día preciso en que se celebró el acto, la persona se encontraba en estado de demencia, es una prueba bastante difícil, incluso para el mejor de los peritos, pero el establecer el estado de demencia antes y después de la celebración del acto constituyen hechos que permiten presumir la demencia a la fecha de la ejecución del acto⁹⁵².

Según Manuel Somarriva, la regla del art.465 inc.1º, sólo es aplicable a los actos y contratos patrimoniales, excluyéndose los actos jurídicos de familia, respecto de los cuales podría alegarse la validez de aquellos actos realizados en intervalos lucidos, por ejemplo, un demente podría contraer matrimonio si alega *intervalo lucido*⁹⁵³.

En síntesis, “si el demente celebró el acto o contrato estando declarado en interdicción, por esa causa, el contratante del demente no podrá probar que el acto se celebró o ejecuto en un intervalo lucido”⁹⁵⁴. Sí, en cambio, el “demente”, no estaba declarado en interdicción, el contratante del “demente” podrá probar, para validar el acto, frente a la demanda, de nulidad, que esté se celebró o ejecuto en un intervalo lucido⁹⁵⁵.

Esta prohibición de administrar los bienes a las personas con discapacidad mental, es arbitraria por su justificación, por ello que colisiona con el art.12.5, de la CDPD, que

⁹⁴⁹ Lyon, A., *Personas naturales*. ob.cit, p. 172-188.

⁹⁵⁰ Ídem.

⁹⁵¹ Ruz, G., *La capacidad*, en *explicaciones del derecho civil* tomo I, ob. cit. p.384.

⁹⁵² Ídem.

⁹⁵³ Ídem.

⁹⁵⁴ Ídem.

⁹⁵⁵ Ídem.

establece justamente todo lo contrario. La normativa internacional nos dice que se debe garantizar este derecho en igualdad de condiciones que los demás a “*ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria*”. Todos estos derechos serán de gran relevancia al momento de decidir, donde y con quien vivir, es por ello que también se extiende esta colisión con el art.19, CDPD ya que este, promueve el derecho a vivir de manera independiente, y estos derechos mencionados son una herramienta para el logro o consolidación de este modo de vida, se extiende por las mismas razones al art.3, ya que la dignidad de la persona se vulnera al prohibirse manejar sus propios bienes, según sus deseos y preferencias.

3.2.4.2. Sobre los modelos de capacidad

La imposibilidad de poder administrar de los propios bienes patrimoniales, limitando toda libre disposición de los mismos, es una muestra inequívoca del modelo paternalista, ya que en este ámbito como ya se ha dicho, primara la seguridad jurídica, sobre los mismos derechos de la persona. Es así como esta se verá reemplazada, por un tercero para que administre los bienes de la persona sustituida, impidiendo, desarrollar su propio proyecto vital, ya que los bienes patrimoniales, son la vía para concretar esta planificación.

3.2.5. Capacidad jurídica para realizar actos jurídicos personalísimos

3.2.5.1. Sobre el impacto

Del art.1.444 del código civil chileno, se desprende que los elementos de la esencia del acto jurídico: son aquellos elementos, sin los cuales el acto jurídico no produciría efectos o degeneraría en otro acto jurídico distinto. La voluntad es uno de estos elementos, luego “*para que una persona obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario que sea legalmente capaz. (Art.1445. Del Código civil chileno)*. A contrario sensu, y de conformidad el art.1447, son “*legalmente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente*”. Por

tanto las personas con discapacidad mental y sensorial, no podrán realizar ningún acto jurídico por sí mismas.

Debemos aclarar que, en el ordenamiento chileno cuando se celebran actos jurídicos unilaterales “se habla propiamente de voluntad; pero en los actos jurídicos bilaterales, esta toma el nombre de consentimiento, que es el acuerdo de las voluntades de dos o más personas dirigido a lograr un resultado jurídico. Normalmente se habla de consentimiento y voluntad como dos palabras sinónimas”⁹⁵⁶.

Los casos en que se suprime la voluntad son: la demencia o privación de la razón, “cuando el individuo es demente, enfermo mental o privado de la razón, no es consciente de sus actos, por ende no puede tener voluntad porque sus condiciones psicológicas se lo impiden; estas no le permiten formarse un concepto cabal y completo del acto que pretende realizar”⁹⁵⁷. En este ámbito encontramos tanto a los dementes como a los impúberes, los sordo o sordomudos que no se puedan dar a entender claramente, es decir todos los absolutamente incapaces, de acuerdo al artículo 1447 del Código Civil⁹⁵⁸.

Por tanto, el absolutamente “incapaz” sólo puede actuar en la vida jurídica a través de la persona que tiene su representación legal. Los actos que ejecute una persona absolutamente incapaz por sí mismo, serían en estricto rigor, inexistentes, pues se supone que el incapaz absoluto carece de voluntad o no puede expresarla⁹⁵⁹. Sin embargo la legislación civil chilena, sanciona expresamente los actos de los absolutamente incapaces que actúan por sí mismos con la nulidad absoluta (art.1682 inc.2º). Esto significa que el acto que celebra el incapaz sin estar debidamente representado existe, nace a la vida del derecho, pero con un vicio que hace posible su declaración de nulidad. El hecho de que sean incapaces absolutos, no implica que estén fuera del Derecho⁹⁶⁰ y “cuando el incapaz absoluto actúa a través de su representante legal, el acto jurídico celebrado es válido como si lo hubiera realizado una persona con plena capacidad”⁹⁶¹.

En principio, ni el tutor ni el curador pueden llevar a cabo actividades de carácter personalísimo que incumben únicamente al incapacitado, lo que puede suponer que quede

⁹⁵⁶ Uribe, E., *Curso de teoría del acto jurídico*, Universidad católica de Valparaíso, Derecho civil I, Valparaíso, 2009, p.11

⁹⁵⁷ Ídem, p.16.

⁹⁵⁸ Ídem, p.37

⁹⁵⁹ Ídem, p.177.

⁹⁶⁰ Ídem.

⁹⁶¹ Ídem.

privado de ejercitarlas si la causa de incapacitación le impide ejercitarlas. No obstante, el Derecho paulatinamente va tomando en consideración la posibilidad de que las personas que tienen su capacidad de obrar restringida puedan intervenir directamente en aquellas decisiones que les puedan afectar (por ejemplo, ante una intervención quirúrgica), siempre que tengan unas mínimas condiciones de razón.

Sin embargo en el ordenamiento civil chileno, la persona con discapacidad mental todavía no puede ejercer sus derechos personalísimos, restricción que se justifica en la propia naturaleza de la discapacidad. Situación que la podemos comprobar en algunos ejemplos: (i) en lo que respecta al testamento, este será declarado nulo, si el acto es realizado por una persona con discapacidad mental, o “demente interdicto” (como lo señala el código civil), que no es hábil para testar (art.1.005 N° 3), (ii) en lo referente al matrimonio según el art.1446 del código civil y el art.4 de la ley 19.947, se exige, que ambos contrayente sean *legalmente capaces*, y además el art.44 de la ley de matrimonio civil expresa que el matrimonio solo podrá ser declarado nulo por las siguientes causales, que deben haber existido al tiempo de su celebración, y entre ellas figura los que se hallaren “privados del uso de la razón”, lo que significa un impedimento al momento del matrimonio, (iii) en relación a la adopción, se le exige al adoptante la “evaluación de idoneidad, que debe efectuarse por el servicio nacional de menores o por algún organismo acreditado. Así lo señala expresamente el art.21 de la ley de adopción 19.620. El art. 7, por su parte, preceptúa que el programa de adopción incluye “la evaluación técnica de los solicitantes”. El art.23 N° 3 exige a los solicitantes una presentación de un “informe de evaluación de idoneidad”. Ello es ratificado por el art.6, letra D) del reglamento”⁹⁶². La certificación o informe de idoneidad de algunas de las instituciones que desarrollan programas de adopción, no es vinculante, para que el juez, el que, durante el proceso, deberá verificar en concreto si los solicitantes cumplen o no con el requisito legal⁹⁶³.

Según lo visto, estas prescripciones de la legislación civil, colisionan plenamente con los postulados del art. 12. Nuevamente se presentan limitaciones al ejercicio de las personas con discapacidad mental, justificando la misma, por motivos médicos, por déficits cognitivos. Hemos insistido que esta justificación plantea problemas, al no considerar otras dimensiones de la persona que son tan relevantes como la intelectual. Esta

⁹⁶² Corral, H., *Adopción y filiación adoptiva.*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, p. 202.

⁹⁶³ Ídem.

mirada parcial, tiene como consecuencia realizar una interpretación restringida de la autonomía, y por otro lado dicha interpretación, anula la voluntad, teniendo que ser sustituida por un tercero, quien actuará a nombre del sustituido. Planteamientos que deberíamos ir dejando a tras, reemplazarlos por una nueva visión desde los derechos humanos, siendo el paradigma de la capacidad, uno de los ejes promotores de este cambio.

También se colisiona con el art. 23, ya que el ordenamiento interno limita, con los requerimientos exigidos para poder contraer matrimonio o adoptar, restricciones contrarias a los principios que contiene esta normativa, al tener como objetivo, que se *“reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges”*. Este reconocimiento deberá realizarse por el estado parte, con independencia de la discapacidad que se tenga, ya que con los debidos apoyos, esta persona entenderá, cual es el significado del acto que tenga relación con su futura vida familiar.

Impacta también con el art.5, de la CDPD. Las normativas que hemos visto son discriminatorias y contrarias a la normativa internacional, ya que esta, *“reconoce que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna”*.

3.2.5.2. Sobre los modelos de capacidad

Debemos reiterar los mismos fundamentos ya esgrimidos en los otros dos ordenamientos estudiados, la relevancia que se le da a la habilidad intelectual en este ámbito es determinante al momento de poder celebrar un acto o contrato jurídico. Por tanto quienes no pueden obligarse a sí mismos, que son las personas con discapacidad mental y sensorial, tendrán que celebrar actos y contratos a través de un tercero. Esta subrogación de la voluntad, es una muestra de la presencia del modelo paternalista, siendo el modelo de sustitución, el mecanismo de protección adecuado para sostener sus postulados. Por tanto primará nuevamente el principio de protección, en desmedro del de autonomía, y primará el resultado de dicha decisión sobre la libertad de elegir, por tanto restringimos esta posibilidad, a pesar de estar en un ámbito donde se supone, que quien mejor que la propia persona

3.2.6. Régimen de Responsabilidad civil

3.2.6.1. Sobre el impacto

Hablar de responsabilidad civil es hablar de daño. La responsabilidad civil es uno de los mecanismos, no el único, que permite al ordenamiento jurídico hacer frente a los problemas de justicia que se suscitan cuando alguien desarrolla una actividad, conducta o comportamiento que causa perjuicio a otro.

La responsabilidad civil, pretende atribuir a una persona determinada la obligación de reparar el daño causado a otra. La reparación puede ser en especie (restableciendo la calidad originaria del elemento dañado) o en equivalente (pagando una suma de dinero que persigue representar el valor del perjuicio sufrido).

Hay dos formas básicas de responder que dependen de la relación que existe previamente entre el autor del daño y la víctima. Si el perjuicio deriva del incumplimiento de un contrato que existe entre ambos, hablamos de responsabilidad civil contractual. En cambio, si el perjuicio deriva simplemente de la transgresión de un deber general de no causar daño injusto a otros, estamos frente a la responsabilidad extracontractual o aquiliana.

Así, “las principales diferencias que se observan entre la responsabilidad contractual y extracontractual, dice en relación con el factor de imputación y la prescripción de la acción de reparación”⁹⁶⁴ Mientras en la responsabilidad contractual la culpa se presume por el sólo hecho del incumplimiento del contrato (art. 1547 código civil), en la responsabilidad aquiliana la culpa del demandado debe ser acreditada en el proceso por la víctima que demanda (arts. 2314 y ss. Código civil)⁹⁶⁵. Por otra parte, la acción contractual de daños prescribe generalmente en cinco años desde que se hace exigible (art. 2515 código civil), en tanto que la acción para pedir indemnización de un daño extracontractual prescribe en cuatro años desde la perpetración del hecho dañoso (art.2332 código civil)⁹⁶⁶.

Las modernas tendencias del llamado “Derecho de daños” ponen el acento en su carácter protector de la víctima, más que en su función sancionatoria de actos ilícitos. La responsabilidad está más centrada en la persona que sufre el daño y no tanto en aquél que lo causa. Por eso, de alguna manera, “la frontera entre responsabilidad civil contractual y la

⁹⁶⁴ Corral, H., *responsabilidad civil en la construcción*, Publicado en *Gaceta Jurídica*, 1999, N° 223, p. (31-42). P.2

⁹⁶⁵ Ídem.

⁹⁶⁶ Ídem.

extracontractual tiende, sino a desaparecer (porque siempre persisten elementos estructurales que mantienen la diferencia), a hacerse cada más flexible e interconectada. Por otro lado, de un sistema subjetivo de responsabilidad, en que la obligación de responder se radica en aquél que ha obrado con dolo (Intencionalmente) o culpa (negligentemente), se pretende transitar, aunque con cautelas, hacia un régimen de responsabilidad objetiva, en el que el deber de reparar surge de factores diversos de la culpa del agente, como el riesgo organizacional o de empresa o la utilización lucrativa de cosas o energías peligrosas”⁹⁶⁷.

Tradicionalmente, se sostiene que para que haya responsabilidad deben cumplirse cuatro condiciones: daño, capacidad del autor, relación de causa a efecto entre el daño y el hecho del autor e imputabilidad de este último⁹⁶⁸.

En relación a la capacidad de los responsables, (que es el tema que nos interesa) se aplican las reglas generales de incapacidad delictual, de conformidad al art. 2319, del código civil, “*no son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años ni los dementes; pero serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia*. Según la normativa civil, las personas con discapacidad mental, no son responsables ni civilmente ni penalmente, sí sus representantes, en cuanto se haya probado la negligencia.

En este ámbito también se provoca una colisión con el art.12, la plasmación del nuevo paradigma significaría el reconocimiento del ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, trae aparejado la responsabilidad surgida de dicha realización. La persona con discapacidad es reconocida como sujeto de derecho, asumiendo las obligaciones que ello implica. Por tanto será un sujeto activo, de sus propias relaciones jurídicas, inclusive de sus actuaciones ilícitas.

Este cambio de visión es difícil de asimilar, por parte de los operadores jurídicos, que hasta ahora han tenido un tratamiento paternalista en relación a la persona con discapacidad, protegiendo la “debilidad” de su situación, desde la perspectiva del modelo medico-rehabilitador.

Pero sobre todo, afectará a las propias personas con discapacidad, acostumbradas a actuar a través de sus representantes. Es el entorno con el que han convivido, quizás donde incluso se siente más protegidos. Es un reto para todos, de manera especial para las familias

⁹⁶⁷ Ídem.

⁹⁶⁸ Alessandri, A., *De la responsabilidad extracontractual*, en *el Derecho Civil chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, n° 80, p. 129.

de las personas con discapacidad, ya que, son las llamadas a fomentar la responsabilidad desde su núcleo relacional primario. Es por ello que este impacto también se extiende al art.7 de la CDPD, del cual se promueven estos estímulos, a los niños y niñas con discapacidad, al decirnos que tienen, *“derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho”*. Esta apertura hacia la participación del colectivo de niño/as con discapacidad deberá ser transversal, respecto a todos los ámbitos en donde este participa activamente, potenciando su autonomía desde la niñez. Por ello será relevante esta participación en el ámbito educacional, promoviendo la educación inclusiva, tal como lo manifiesta el art.8 letra b) de la CDPD. Este contacto con el entorno natural, ayudará también a la sociedad en su conjunto, a entender la diversidad como algo natural del ser humano, y no ver al “otro”, como un “distinto” un “ajeno” o un “extraño”, construyendo así, una sociedad de un “nosotros”. Estas justificaciones del ordenamiento jurídico, para limitar el ejercicio de los derechos a las personas con discapacidad, ya no son ni científicamente ni moralmente defendibles.

3.2.6.2. Sobre los modelos de capacidad

En este ámbito, las personas con discapacidad mental tienen eximente de responsabilidad. La justificación, es la falta de comprensión del hecho. O sea seguimos colocando en la cúspide de la pirámide de los rasgos de identidad de la persona, la habilidad intelectual. Consecuencia de ello, no podrán tomar las decisiones por si mismos, sino a través de un tercero-

3.3. Ámbito penal: Régimen de responsabilidad penal

3.3.1. Sobre el impacto

La imputabilidad en derecho penal sería la posibilidad de realizar actos culpables. Las personas que pueden realizarlos se llaman imputables, la que no las pueden realizar, inimputables. La expresión de Ortiz Muñoz, que llama a esta condición la capacidad penal, ha sido combatida, pero Mezger la emplea, al definir la imputabilidad como la “capacidad de cometer culpablemente hechos punibles”⁹⁶⁹. El fundamento de la imputabilidad es colocado por los clásicos como Carrara en la libertad moral, que él da por supuesta necesariamente para la construcción de la ciencia penal. Quienes carecen de inteligencia y libertad no pueden ser culpables y no deben ser sometidos a la sanción penal. Los positivistas, en cambio, fundamentan la responsabilidad en la peligrosidad, y como niegan la libertad moral, encuentran la distinción entre imputables e inimputables, y consiguientemente, entre penas y medidas de seguridad.

Para caracterizar la situación de inimputabilidad, “algunas legislaciones adoptan formulas que hacen referencias únicamente a una condición objetiva del sujeto (presumiendo que ella lo torna siempre inimputable); la otra menciona el estado o consecuencia que debe producirse entre el sujeto como la consecuencia que de ello debe derivar”⁹⁷⁰.

La legislación penal chilena, sigue fundamentalmente el primer sistema. Las causales de inimputabilidad que se señalan en el código penal son; la enajenación mental, la privación temporal de razón y la falta de madurez por menor edad⁹⁷¹. Nos centraremos en desarrollar brevemente las dos primeras causales de inimputabilidad, por ser causales que están conectadas a nuestro objeto de estudio.

La Falta de salud mental (enajenado mental) manifestada en el art.10 N° 1 declara exento de responsabilidad penal al “*loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lucido*”. La ley no ha querido otorgar aquí a los vocablos “loco” y “demente” ningún significado técnico preciso. Es uno de los casos “en que no se aplica la regla a

⁹⁶⁹ Mezger, E., *Derecho penal; libro de estudio tomo I; parte general*, Ed. Librería el foro. Buenos Aires, 2010, p.201.

⁹⁷⁰ Etcheberry, A., *Derecho penal (parte general)*.Ed. Editorial Jurídica de Chile. 1998, Santiago de Chile, p. 279.

⁹⁷¹ Ídem, p.280.

interpretar las palabras técnicas de una ciencia o arte en sentido profesional, porque aparece claramente que se ha tomado en el sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, que aun hoy día sigue siendo aproximadamente el mismo que tenía a la época de dictación del código penal”⁹⁷². Para evitar la confusión terminológica derivada del uso de voces análogas en sentidos distintos, actualmente se prefiere hablar del “enajenado mental”, termino bastante amplio como para comprender todas las anormalidades mentales constitutivas de esta eximente. El art.81 emplea también el término “insano”, en tanto que el art.397, vuelve a referirse al “demente”. Este último término es también el más empleado por el código civil para referirse a los “enfermos mentales”⁹⁷³.

Entonces tendríamos que preguntarnos ¿quién es el “loco” o “demente” para la ley penal chilena? Es aquella persona que presenta una alteración profunda de sus facultades psíquicas de tal modo de no poder dirigir su conducta de acuerdo con las exigencias ordinarias del derecho. Luego “no solo caben las enfermedades mentales propiamente tales, sino otras anomalías de distinto origen, siempre que alcancen el necesario grado, de profundidad”⁹⁷⁴.

Por otro lado la legislación penal chilena, señala un caso de excepción para la eximente de responsabilidad de los enajenados; cuando han obrado en un “intervalo lucido”. Los intervalos lucidos son periodos de remisión aparente de los trastorno mental, en lo que externamente el sujeto no da muestra de encontrarse enajenado, y se comporta de modo razonable. La psiquiatría ha rechazado el concepto de “intervalo lucido”, estimando que la remisión en tales casos es solo aparente, y que la enfermedad sigue latente e influyendo en los procesos psíquicos. El punto, sin embargo, parece controvertirse de nuevo⁹⁷⁵.

Cuando el que comete un delito es un “enajenado mental” (la ley emplea este término en vez de locura o demencia) corresponde absolverlo o definitivamente sobreseerlo (art.408 N°4 del Código de procedimiento penal) si la libertad del “enajenado” constituye un peligro. El art.688 del mismo código “precisa el concepto y señala que se entiende que concurre esta circunstancia cuando el enajenado, como consecuencia de su enfermedad,

⁹⁷² Ídem.

⁹⁷³ Ídem.

⁹⁷⁴ Ídem.

⁹⁷⁵ Sobre el problema médico-legal de los intervalos lúcidos, véase Gisbert Calabuig, J.A., medicina legal y practica forense, tomo correspondiente a psiquiatría forense, Ed. Saber, Valencia, 1958, p. 316-318

pueda atentar contra sí mismo o contra otras personas, según prognosis médico-legal”⁹⁷⁶. En este caso, el tribunal dispondrá en la sentencia (absolutoria o sobreseimiento), que se le aplique como medida de seguridad y protección la internación, en un establecimiento destinado a “enfermos mentales”, en la forma y condiciones que establezca el juez⁹⁷⁷.

Por consiguiente, la existencia de meras sospechas de inimputabilidad y peligrosidad obliga a realizar un informe psiquiátrico y, mientras éste se halle pendiente de elaboración y remisión al tribunal, el procedimiento debe suspenderse, sin posibilidad de – ante la duda sobre la imputabilidad- aplicarse una medida cautelar personal general (in dubio pro libertate). Incluso más, si el imputado se encontrare ya sujeto a alguna medida cautelar personal al momento de plantearse las sospechas de inimputabilidad, debe suspenderse su ejecución –dejando en libertad al sujeto- hasta la remisión del informe respectivo, a fin de que se decida si se mantiene la medida, se decreta su internación provisional o se le deja en libertad. Pareciera claro que ante la duda de si procede continuar el procedimiento conforme a las reglas generales o un procedimiento especial, debe prevalecer la intangibilidad de los derechos fundamentales⁹⁷⁸, con mayor razón si el legislador ha establecido un procedimiento especial, con mayores presupuestos y garantías, para el evento de que el imputado pudiera ser declarado inimputable.

Por este motivo, no resultan aplicables, en el ámbito penal, los arts. 130 y 131 del Código Sanitario que autorizan, entre otras, la internación judicial de los enfermos mentales, remitiéndose al reglamento correspondiente⁹⁷⁹. En efecto, el Reglamento N° 570, de 1998, publicado en el Diario Oficial el 14 de Julio de 2000, trata en general de todos aquellos casos en que un sujeto requiera de tratamiento psiquiátrico en un establecimiento especializado, ya sea en forma voluntaria o no voluntaria, y en este último caso, la

⁹⁷⁶ Etcheberry, A., *Derecho penal (parte general)*, ob. cit. p.284.

⁹⁷⁷ Ídem.

⁹⁷⁸ Consideramos en este sentido que los derechos fundamentales sirven para limitar la acción punitiva estatal. Esta frase acuñada en la literatura penal desde hace mucho tiempo, hoy se encuentra en un terreno más bien pantanoso. Para una explicación de este paradigma ver Bascuñán R., Antonio, “Derechos Fundamentales y Derecho Penal”, conferencia publicada por SELA e en <http://islandia.law.yale.edu/sela/sbascunan.pdf>, Pagina consultada, 20/05/2013.

⁹⁷⁹ El Código Sanitario, al posibilitar la internación administrativa del enfermo mental quiebra la regla establecida en el artículo 466 del Código Civil, que señala: “El demente no será privado de su libertad personal, sino en los casos en que sea de temer que usando de ella se dañe a sí mismo, o cause peligro o notable incomodidad a otros. Ni podrá ser trasladado a una casa de locos, ni encerrado, ni atado, sino momentáneamente, mientras a solicitud del curador o de cualquiera persona del pueblo, se obtiene autorización judicial para cualquiera de estas medidas”. Aún más, infringe una regla constitucional fundamental, cual es que para poder afectar o perturbar derechos protegidos por la Constitución debe solicitarse aprobación judicial previa (art. 83 de la constitución política de la republica).

internación puede ser *de urgencia; administrativa; o judicial*. El artículo 15 del Reglamento señala que la internación judicial “es aquella dispuesta por resolución de un Tribunal de Justicia”. Además el art.9 del reglamento señala, que “*para proceder a cualquier tipo de internación u hospitalización de una persona con enfermedad o trastorno mental, la medida deberá ser indicada por un médico cirujano, preferentemente que cumpla las condiciones de médico tratante que señala el artículo 6 número 7 y, sólo en el evento de no existir este último en la localidad o que, habiéndolo, no sea posible su asistencia profesional, por otros médicos cirujanos. En este caso, la medida deberá ser evaluada y confirmada por un médico tratante o por el mismo, previamente asesorado por aquel, dentro de un plazo de 72 horas, de lo que se dejará constancia en la ficha clínica. Sólo procederá la internación psiquiátrica cuando concurran una o más de las siguientes condiciones: (i) necesidad de efectuar un diagnóstico o evaluación clínica que no pueda realizarse en forma ambulatoria;(ii) necesidad de incorporar a la persona a un plan de tratamiento que no sea posible de llevarse a cabo de una manera eficaz en forma ambulatoria, atendida la situación de vida del sujeto;(iii) que el estado o condición psíquica o conductual de la persona represente un riesgo de daño físico, psíquico o psicosocial inminente, para sí misma o para terceros*”.

Como se aprecia, a nivel reglamentario se plantean una serie de exigencias para la internación psiquiátrica de una persona las que, sin embargo, no son siempre copulativas y que generan dudas sobre la constitucionalidad de los artículos 130 y 131 del código sanitario⁹⁸⁰. No obstante, cuando se trata de la imputación de un delito, prevalecen las disposiciones de la constitución (art. 83 inciso 3º), que hacen perentoria la aprobación judicial previa de la internación y las del código procesal penal, que prevalecen respecto de las del código sanitario: a) por haber sido dictadas con posterioridad a ellas (art. 24 de la Ley sobre efecto retroactivo de las leyes) y; b) porque regulan un procedimiento particular (principio de especialidad) para el caso en que deba decidirse la internación judicial provisoria de un enfermo o enajenado mental a quien se le atribuye la comisión de un delito⁹⁸¹.

⁹⁸⁰ En el mismo sentido Roxin para el caso alemán: “En el procedimiento de internación decide, en general, el juez de jurisdicción voluntaria, quien – a diferencia del juez penal- también puede disponer la internación cuando la peligrosidad del enfermo no ha conducido aún a la comisión de un hecho punible” (cfr. Roxin, C., Derecho Procesal Penal (traducción de la 25ª edición alemana de G. E. Córdoba y D. Pastor, revisada por B.J. Maier), Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 546).

⁹⁸¹ Ídem.

En el procedimiento penal de aplicación de una medida de seguridad, el delito no es fundamento sino motivo de la imposición de la medida, pues el establecimiento de su perpetración en la sentencia permitiría confirmar el pronóstico de que el sujeto podría atender nuevamente contra sí mismo o contra terceros. A diferencia de los demás casos de internación previstos en el reglamento ya citado, la internación provisoria durante el procedimiento (art. 464 del Código procesal penal) o constitutiva de una de las medidas de seguridad a que se refiere el art. 457 del código procesal penal cumplen cabalmente con la exigencia de reserva legal para las medidas coercitivas que implican formas de restricción o privación de libertad⁹⁸².

Por lo tanto, cuando deba decidirse sobre la internación provisional del imputado sospechoso de ser “enajenado mental y peligroso”, deben cumplirse estrictamente los presupuestos previstos en el artículo 464 código procesal penal; el juez penal no podría ordenar la internación del sujeto en base a lo dispuesto en los arts. 130 y 131 del Código Sanitario y 15 del Reglamento, porque el código procesal penal contiene reglas más exigentes y prevalecen sobre aquéllas⁹⁸³; de otro modo, se estarían burlando el estatuto legal especial que establece el código procesal penal.

Abona esta interpretación el hecho de que, durante la tramitación parlamentaria del nuevo código procesal penal, la cámara de diputados pretendió introducir, en el art. 455, la frase final “sin perjuicio de lo dispuesto en el código sanitario”⁹⁸⁴. Ante la observación de que el código no es el llamado a determinar cómo se tratará a un “enfermo mental” que no ha cometido delito y es peligroso, un parlamentario puso hincapié en la necesidad de limitar las facultades de los servicios de salud al señalar “que no es posible que una autoridad administrativa pueda decidir la internación de una persona, y consecuentemente privarla de libertad, sin intervención de la autoridad jurisdiccional”⁹⁸⁵. Al mismo tiempo entregó un documento de la Comisión de derechos humanos del senado en que se indicaba que

⁹⁸² Cfr. art. 19 N° 7 CPR. No cabe, a nuestro juicio, argumentar que el principio de legalidad queda salvado con las disposiciones de los arts. 130 y 131 del Código Sanitario, pues este cuerpo legal apenas realiza una clasificación de las formas de internación remitiendo en todo al reglamento, cuyo rango estatutario no provee de la suficiente seguridad jurídica a los ciudadanos (Sobre el principio de legalidad en las medidas cautelares personales, cfr. Horvitz, M.I./ López, J, Derecho procesal penal chileno, cit., T. I, p. 350 y pp. 458 y ss.).

⁹⁸³ Conforme al art. 9° del Reglamento N° 570, se podría internar a un sujeto respecto del cual no existiese un informe psiquiátrico de peligrosidad, porque esta exigencia se prevé de forma alternativa (y no copulativa) con las demás

⁹⁸⁴ Cfr. Pfeffer U, E., *Código procesal penal anotado y concordado*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 432.

⁹⁸⁵ Ídem.

alrededor de 75 personas discapacitadas mentales o postrados absolutamente o mayores de 70 años estaban en cárceles comunes⁹⁸⁶. El Senado desechó la preocupación del senador aduciendo que las normas del código sanitario no tienen ninguna relación con el proceso penal.

Este planteamiento ha permitido la imposición de medidas notablemente afflictivas para los derechos de las personas, como es el internamiento manicomial por tiempo indefinido, al margen de toda garantía constitucional y del control jurisdiccional, sobre la base de que se trata de medidas que no son penas. Esta posición, sin embargo, se opone al rechazo unánime de la doctrina a las medidas de seguridad pre delictuales, más aún si ellas son dispuestas por la autoridad administrativa, sosteniendo que se trata de un clásico ejemplo de “fraude de etiquetas”⁹⁸⁷ que permite eludir el respeto y cumplimiento de las garantías procesales y sustantivas, y atenta sobre todo contra la dignidad de la persona internada. Por ello, cabe esperar que prospere la propuesta del senado en orden a revisar, mantener o perfeccionar la legislación sanitaria en esta materia⁹⁸⁸.

Además de estos cuestionamientos, otra situación incongruente, se presenta con respecto al tema de los peritajes, éstos demoran en promedio más de seis meses en llevarse a cabo, puesto que el único organismo encargado de efectuarlos y que tengan el reconocimiento que establece la ley penal, es el Instituto Médico Legal.

De este modo, se da la increíble situación que al momento de efectuarse el peritaje, la persona generalmente se encuentra compensada por las atenciones recibidas en los recintos especiales a los cuales fue derivada, no teniendo, a nuestro juicio, ninguna relevancia el peritaje dado el tiempo transcurrido desde que ocurre el hecho "delictual" cometido y la fecha real de realización del peritaje. De esta manera pierde eficacia esta prueba, ya se contradice con el principio de inmediación (que estas pruebas se realicen de una manera directa, inmediata, y simultánea) de la prueba.

Otro tema vinculado, es la falta de camas psiquiátricas para las personas con discapacidades mentales procesadas, derivadas del sistema penal y que deben permanecer en recintos especiales como lo ordena la ley penal. Sin embargo, al no existir camas disponibles, éstas personas deben permanecer en la cárcel, no siempre en las salas

⁹⁸⁶ Ídem, p.433.

⁹⁸⁷ Zaffaroni, E, Alagia, A, Slokar, A., *Derecho penal*, P.G., 2ª Ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 70.

⁹⁸⁸ Así consta de los antecedentes de la tramitación parlamentaria del Proyecto; vid. Pfeffer, U.E., *Código procesal penal anotado y concordado*, ob. cit. p.433.

especiales destinados a ellos en éstos recintos, lo que en la práctica implica que no están recibiendo atención especializada. Según informaciones disponibles, proporcionadas por Gendarmería de Chile, (cuerpos de seguridad de los recintos penitenciarios en Chile) en la actualidad hay más de 210 personas con problemas mentales que están en las cárceles, la mayoría sin recibir ningún tipo de atención especializada⁹⁸⁹. De estas 210 personas con discapacidad mental que se encuentran internados en un recinto penal, 132 cumplen una condena efectiva de privación de libertad y 78 están siendo investigados por algún delito⁹⁹⁰.

En este ámbito a pesar de haberse realizado las reformas procesales, en relación a la tutela judicial efectiva que garantizan los derechos de las personas en general, y en particular a las personas con discapacidad, de igual manera, se provoca un impacto de gran magnitud con la CDPD. Ya que como hemos apreciado, las barreras actitudinales, se manifiestan más claramente en este ámbito, ya que por el sólo hecho de tener una discapacidad mental, se presume una “peligrosidad”, y en base a ello, se adoptan las medidas precautorias, de privación de libertad, que muchas veces son desproporcionadas, vulnerando así el art.14 de la CDPD, sobre la seguridad individual, el cual establece que las personas con discapacidad, “ *no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad*”.

Se extiende esta colisión con el art.3, de la CDPD, que es donde se promueve la dignidad y la autonomía individual de las personas con discapacidad, situación que se violenta, cuando estas son consideradas sujetos “peligrosos”, y la privación de la libertad, en algunos casos puede no tener justificación, y caer en la arbitrariedad. Es así como muchas de las personas con discapacidad mental, pueden estar internadas durante un tiempo indeterminado, prácticas que se siguen realizando, con la indiferencia del resto de las autoridades competentes, para fiscalizar esta situación.

Por último, la normativa interna también colisiona, con el art.12, y 5 de la CDPD, con el primero porque no hay un reconocimiento de la capacidad jurídica, tal como lo interpreta el nuevo paradigma, manteniéndose una visión paternalista en este ámbito, protegiendo a la persona, por su “deficiencia”. Y con el segundo, porque se discrimina a las

⁹⁸⁹ *La Cárcel y enfermedades mentales*, Lex web. Chile, julio de 2012. noticias@lexweb.cl. Pagina consultada 20/03/2013

⁹⁹⁰ Ídem.

personas en razón de su discapacidad. Dicho esto, también es importante aclarar que en el mundo heterogéneo de la discapacidad mental, podrá haber ciertas “enfermedades mentales”, como la esquizofrenia, o trastorno bipolar, que presenten un brote psicótico, y como consecuencia de dicha conducta, podría existir un “peligro” para sí mismo, y para terceros. En estos casos, tendrá que evaluarse la gravedad de la situación y tomar las medidas de resguardo necesarias, y entonces el internamiento, puede ser una alternativa de control, hasta que el brote psicótico haya finalizado. Sin embargo, no todas las personas con discapacidad mental entran en esta categoría (por ejemplo, el autismo o síndrome de Down que pueden estar asociadas a enfermedades psiquiátricas, pero en muchos casos no es así), y en principio no estarían dentro de la categoría de “enfermedades mentales”, aunque incluso estas, tampoco deberían ser “estigmatizadas”, como sujetos “peligrosos”.

3.3.2. *Sobre los modelos de capacidad*

Tradicionalmente la imputabilidad y, más concretamente, su aspecto negativo, la inimputabilidad ha sido vista como un problema en torno a la articulación del juicio de reprochabilidad⁹⁹¹, esto es, con el conjunto de facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber cometido un hecho típico y antijurídico. Este concepto ha sido analizado desde los diferentes paradigmas -médico, psicológico, sociológico- que han tenido una fuerte influencia en su definición jurídico-penal.

Podemos decir a propósito de ello, que el concepto de “peligrosidad” acuñado por el positivismo criminológico no logró desplazar completamente, como en principio se pretendía, la doctrina clásica de la imputabilidad basada en la libertad, pero sí ha conseguido, en cambio, convivir “pacíficamente” con ella⁹⁹². Esta circunstancia se manifiesta claramente en los binomios culpabilidad-pena y peligrosidad-medida de seguridad en que se divide el tratamiento de los imputables-inimputables y que se hace particularmente crítico en las legislaciones que admiten el sistema dualista de sanciones⁹⁹³.

⁹⁹¹ Ver, Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, Civitas, 1997, traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, p. 42, en los siguientes términos: “[...] toda pena presupone culpabilidad del sujeto cuando cometió un hecho en el pasado, y en cambio toda medida de seguridad presupone una continuada peligrosidad del sujeto para el futuro [...]”

⁹⁹² Díaz Palos, F, *Teoría general de la inimputabilidad*, Barcelona, Bosch, 1965.

⁹⁹³ Al respecto, cfr. Muñoz Conde, F., *Penas y medidas de seguridad: monismo versus dualismo*, en el mismo, *Derecho Penal y control social*, Jerez, 1985, p. 51 y ss.

En este ámbito, el código penal chileno parte de la base de que la naturaleza hace al hombre inteligente y libre y de que en principio los seres humanos actúan en esa forma. Por lo tanto, los casos en que tales factores están ausentes se tratan como situaciones de excepción. El pensamiento de los redactores del código, que sigue a su modelo español se refleja en el comentario de Pedro Javier Fernández⁹⁹⁴ acerca de que si el estado normal del hombre es ser libre, inteligente y reflexivo, es lógico suponer que sus actos son consientes. El trastorno o vicio de sus facultades es la excepción; de aquí la necesidad de probar este estado anormal cuando se invoca por el delincuente. De este modo, para la ley penal chilena la imputabilidad es propia de la naturaleza humana, y podría simplemente caracterizarse como “normalidad psicológica”. El estudio de la imputabilidad por consiguiente, se reduce en la práctica al análisis de los estados de excepción, en los cuales falta imputabilidad (causales de inimputabilidad) Estos casos, en la ley chilena, puede sintetizarse como hace Novoa⁹⁹⁵, en la fórmula tradicional “falta de mente sana y madura”.

Para caracterizar las situaciones de inimputabilidad, “algunas legislaciones adoptan formulas que hacen referencia únicamente a una condición objetiva del sujeto presumiendo que ella lo torna siempre inimputable; otras mencionan el estado o consecuencia que debe producirse en el sujeto, y otras, en fin, un sistema mixto, incluyendo tanto las condiciones del sujeto, como las consecuencias que de ello debe derivar”⁹⁹⁶.

Podemos observar que la habilidad cognitiva en este ámbito de responsabilidad penal, al igual que en la civil, es determinante siendo las mismas causas las que fundamentan la exención de responsabilidad, la falta de entendimiento de capacidad natural, hace que la persona con discapacidad mental, sea considerada inimputable. Esta visión sigue siendo paternalista, debido a que protege el “déficit” o la “falta de razón” que es, uno de los elementos de justificación de los límites a la capacidad. Aquí, la autonomía también es interpretada de manera restringida, ya que se cuestiona la intencionalidad, en la toma de decisión para cometer un hecho ilícito. De esta manera es el estado el que se encarga de proteger a la persona con discapacidad mental, internándola en un centro psiquiátrico, en donde se supone tendrá que rehabilitarse, con el cumplimiento de la pena o

⁹⁹⁴ Fernández, P, J., *Código penal de la republica de chile*, imprenta Barcelona, Santiago, 1889, p.63 y 64.

⁹⁹⁵ Novoa, E., *Cursos de derecho penal chileno*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1960, p. 429.

⁹⁹⁶ Etcheberry, A., *Derecho penal (parte general)*. Tomo I. Ed. Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1998, p.279.

su “normalización”. Estos son los mecanismos que operan en el modelo paternalista, por ello también afirmamos su primacía, en este ámbito.

3.4. Ámbito de la salud: Derechos del paciente

3.4.1. Sobre el impacto

Reconocida es a nivel mundial la dificultad para alcanzar la plena participación e integración social de las personas con discapacidad, situación que involucra valores éticos fundamentales. Un aporte importante será la aplicación de principios bioéticos orientadores del quehacer profesional bajo el nuevo paradigma de la CDPD. Dilemas bioéticos “como el consentimiento informado y la participación de la persona en la toma de decisiones que afectan su propia vida, implican para el profesional un desafío, la entrega de información adecuada y oportuna, el desarrollo de conductas profesionales que favorezcan la autonomía y el reconocimiento de estas personas como interlocutores válidos”⁹⁹⁷.

El hecho de que la capacidad sanitaria sea un elemento central en la práctica del proceso de consentimiento informado, hace que ésta sea para el profesional de la salud de una gran responsabilidad ética, fundamentada tanto en el principio de autonomía como en los principios de beneficencia y de no maleficencia⁹⁹⁸. El respeto a la dignidad y libertad de las personas como agentes autónomos obliga a asegurar las condiciones necesarias para permitir que el paciente tome una decisión autónoma.

En la literatura bioética, al evaluar la autonomía de los pacientes para tomar decisiones, se usa como sinónimos los términos *capacidad* y *competencia*, dependiendo de las fuentes bibliográficas consultadas. En la literatura norteamericana se utiliza en forma habitual el término *competency* como aptitud para ejercer un derecho y *capacity* como aptitud para realizar determinada acción. Entre los autores españoles no existe acuerdo para el uso de estos términos, algunos, como Pablo Simón⁹⁹⁹, prefieren utilizar el término

⁹⁹⁷ Miranda, O. y Rueda, L., *Principales dilemas bioéticos en las personas con discapacidad prolongada*., Acta bioética 2002; año VIII, N°1, p. 127.

⁹⁹⁸ Gracia, D., Fundamentación y enseñanza de la Bioética. *Ética y Vida. Estudios de Bioética I*. Colombia: El Buho; 1998 Simón, P., *Capacidad o Competencia*. En, *El Consentimiento Informado*. Ed. Triacastela, España, 2000, p.337-8.

⁹⁹⁹ Simón, P., *Capacidad o Competencia*. En, *El Consentimiento Informado*. Ed. Triacastela, España, 2000, p.337-8.

competencia para tomar decisiones en el campo sanitario, para diferenciarlo expresamente del término capacidad que utiliza el Derecho Español, donde se habla de «*capacidad de obrar de hecho*» y de «*capacidad de obrar de derecho*» la primera equivale a *capacity* y la segunda a *competency*; otros¹⁰⁰⁰ prefieren utilizar el término capacidad cuando se usa en el campo de la salud y existen aquéllos¹⁰⁰¹ que utilizan capacidad y competencia como sinónimos.

La capacidad para tomar decisiones en salud se define por la presencia de un cierto número de habilidades, fundamentalmente psicológicas (afectivas, cognitivas, volitivas)¹⁰⁰² que permiten tomar en forma autónoma una decisión concreta en un momento determinado, no dice nada de la capacidad para tomar otras decisiones, ni es un juicio respecto de la capacidad legal. Así, se puede ser capaz para tomar decisiones de la vida diaria y no para decidir un tratamiento o participar en una investigación.

Los criterios de capacidad sanitaria hacen referencia fundamentalmente a las aptitudes de los pacientes para recibir, comprender y procesar racionalmente información, tomar una decisión y comunicarla adecuadamente. Puede entenderse como un *continuum* entre dos puntos extremos: la capacidad plena y la incapacidad total, existiendo un punto de corte por debajo del cual se califica de incapaces a los sujetos, y por sobre el cual se les considera capaces. Los estándares exigidos no son siempre los mismos, sino que ellos se deben definir en función del tipo de decisión a tomar. Así el umbral de capacidad no es fijo sino móvil¹⁰⁰³.

Actualmente, a los pacientes se les reconoce autonomía para tomar decisiones si manifiestan capacidad para ello, actúan intencionalmente, en ausencia de influencias externas, y expresan su voluntad tomando en cuenta las consecuencias que dichas decisiones tienen para su salud y para su vida futura. Cumplidas “las condiciones anteriores, el acto del médico será beneficioso si respeta la autonomía del paciente. En cambio, el acto médico resultará maleficiente cuando, sin una correcta evaluación de la capacidad, se permite a un paciente incapaz desde un punto de vista sanitario, que tome

¹⁰⁰⁰ Sánchez, M. *Consentimiento informado*, en: *Historia y teoría del Método de la Medicina. Introducción al Pensamiento Médico*, Ed. Masson, Barcelona, 1998; 436-7.

¹⁰⁰¹ Gracia, D., *Bioética clínica. Ética y Vida. Estudios de Bioética 2*, ob.cit.

¹⁰⁰² Simón, P., *Capacidad o Competencia*. En, *El Consentimiento Informado*, ob.cit ,p.7.

¹⁰⁰³ Drane, J., *Competency to give an Informed Consent. A model for Making Clinical Assessments*. *JAMA* 1984, p. 252: 925-7.

decisiones que pueden producirle daño”¹⁰⁰⁴. Frente a un paciente catalogado como incapaz para tomar decisiones es necesario entregar el poder de tomarla a un tercero (generalmente un familiar), ya sea en forma transitoria o definitiva, conforme lo señala la ley. Las decisiones así tomadas son las llamadas decisiones de sustitución o subrogadas, y deben responder al criterio del mejor interés del paciente¹⁰⁰⁵.

En Chile, rige la ley 20.584, sobre derechos y deberes de las personas en atención de Salud; que manifiesta los avances que se han producido en este ámbito, que también han sido apreciados en los ordenamientos anteriores. Este trato igualitario en relación a las personas con discapacidad, se ve reflejado en el art.2 inc.2° de la ley, promueve a que, *“la atención que se proporcione a las personas con discapacidad física o mental y a aquellas que se encuentren privadas de libertad, deberá regirse por las normas que dicte el Ministerio de Salud, para asegurar que aquella sea oportuna y de igual calidad”*. Esta normativa, asegura igualdad, en cuanto a la calidad del servicio de salud prestado, y a la oportunidad de la misma, tanto la institución médica como el propio profesional de la salud. Podemos observar según lo descrito, una consonancia con el art. 23, que establece, *“reconocer que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad”*.

Desde la ley, también se promueve un trato digno a los pacientes, quedando reflejado en su art. 6: *“en su atención de salud, las personas tienen derecho a recibir un trato digno y respetuoso en todo momento y en cualquier circunstancia”*. Aquí también encontramos otra consonancia con el art.3 de la CDPD, que promueve el respeto a la dignidad y autonomía de las personas con discapacidad.

Siguiendo con las compatibilidades, la ley, el art.6, letra a) nos dice que *“hay que velar porque se utilice un lenguaje adecuado e inteligible durante la atención; cuidar que las personas que adolezcan de alguna discapacidad, no tengan dominio del idioma castellano o sólo lo tengan en forma parcial, puedan recibir la información necesaria y comprensible, por intermedio de un funcionario del establecimiento, si existiere, o con apoyo de un tercero que sea designado por la persona atendida”*. Del término “lenguaje adecuado”, se infiere, de que se incluirán todos los medios de comunicación no

¹⁰⁰⁴ Bórquez, G, Raineri B, Bravo, M., “La evaluación de la «capacidad de la persona»: en la práctica actual y en el contexto del consentimiento informado”, en, Revista Médica, Chile 2004; 132: p.1247.

¹⁰⁰⁵ Buchanan A, Brock, D., *Deciding for others. The ethics of surrogate decision making*. New York: Oxford Univ. Press; 1989.

convencional, respetando el mundo heterogéneo de la discapacidad, como por ejemplo, el lenguaje de señas, estando en consonancia con el art. 21 letra b) de la CDPD, que obliga a los estados a, *“aceptar y facilitar la utilización de la lengua de señas, el Braille, los modos, medios, y formatos aumentativos y alternativos de comunicación y todos los demás modos, medios y formatos de comunicación accesibles que elijan las personas con discapacidad en sus relaciones oficiales”*. Debemos respetar las distintas maneras de expresar y el reconocimiento a esta diversidad del lenguaje, esto nos permitirá comprender la voluntad de la persona con discapacidad, transmitiendo sus deseos y preferencias en un lenguaje no convencional.

Además, el paciente tendrá derecho a recibir la información, de forma oportuna, y comprensible todo lo referido a su estado de salud, sin exclusión, así lo confirma, el art.10, al decirnos que, *“toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante, acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional”*.

Sin embargo, esta promoción de la autonomía tiene sus excepciones al igual que en los ordenamientos anteriores y por las mismas razones, *“cuando la condición de la persona, a juicio de su médico tratante, no le permita recibir la información directamente o padezca de dificultades de entendimiento o se encuentre con alteración de conciencia, la información a que se refiere el inciso anterior será dada a su representante legal, o en su defecto, a la persona bajo cuyo cuidado se encuentre. Sin perjuicio de lo anterior, una vez que haya recuperado la conciencia y la capacidad de comprender, deberá ser informada en los términos indicados en el inciso precedente”*. Estos son casos excepcionales, suponiendo que por ningún medio se pueda conocer la voluntad de la persona (con o sin discapacidad), siempre y cuando, en esta situación no se produzca una discriminación en razón de discapacidad, si fuera así, se estaría provocando un impacto con el art. 12, 5, 21, de la CDPD. En caso de que esta imposibilidad fuera en razón de la discapacidad, estamos hablando de discriminación, y si, su condición con independencia de su situación de discapacidad, le impidiera conocer la información, estaríamos hablando de una excepción. Debemos subrayar que en este ámbito también se pueden presentar casos de menores de

edad, y aquí deberán asumir los padres o tutores esta responsabilidad, entendiendo que en razón a la edad, si pudiera haber una sustitución.

En síntesis, en este ámbito al igual que los otros ordenamientos, se presentan más compatibilidades que incompatibilidades. Comenzando con el nuevo “balanceo” hacia la primacía de la autonomía de la voluntad, y la toma de decisiones como regla general, esta nueva propuesta se conecta con los principios contenidos en art.12, de la CDPD, ya que también aquí se potencia la autonomía, reconociendo el ejercicio de sus derechos por sí mismos. Sin embargo al igual que en los otros dos ordenamientos analizados, la incompatibilidad estará dada por la presencia de la representación o modelo de sustitución en los casos excepcionales.

Sí debemos destacar de la normativa, su consonancia con los art.3, derecho a la dignidad, art.5 igualdad y no discriminación, art.25 derecho a la salud.

3.4.2. Sobre los modelos de capacidad

Hoy, con la influencia del derecho internacional de los derechos humanos, se ha ido produciendo un cambio de visión respecto de la participación de las personas con discapacidad como seres autónomos, en todo lo que respecta a la libertad en la toma de decisiones. Esta visión es cada vez es más amplia, observamos que “la necesidad de participación del individuo es la motivación para involucrarse activamente en los hechos que suceden a su alrededor. Se refleja, en este comportamiento, la necesidad de pertenencia al ambiente y tiene principal injerencia en la toma de decisiones, la necesidad de libertad se concretiza en la tendencia a decidir en forma autónoma a optar o no por alguna alternativa de acción. Esta facultad humana es la que debe protegerse en las personas vulneradas por la discapacidad y ésta es la misión ética de los profesionales que trabajan por atenuar la situación de discapacidad en que se encuentran algunas personas”¹⁰⁰⁶.

La nueva ley 20.584, derechos y deberes de las personas en atención de la salud, (como ya hemos podido apreciar) contiene principios que son consonantes con el modelo promotor, respetar la autonomía, el derecho a un trato digno, el derecho de nombrar un apoyo, derecho a ser informado oportunamente de forma veraz y comprensible (visual, verbal o por escrito).

¹⁰⁰⁶ Ídem, p.13

Todas estas manifestaciones de reconocimiento de derechos, son compatibles con el modelo promotor, cuyo fundamento teórico, se sustenta sobre el principio de autonomía, y libertad en la toma de decisiones. Debemos subrayar sí, que la regulación del modelo de apoyo, que es la herramienta eficaz que permitirá potenciar la autonomía, no está desarrollada en plenitud.

Ahora bien, nos encontramos con la excepción, que se manifiesta en el art. 10, inc.2, de la ley, donde se expresa que *“cuando la condición de la persona, a juicio de su médico tratante, no le permita recibir la información directamente o padezca de dificultades de entendimiento o se encuentre con alteración de conciencia, la información a que se refiere el inciso anterior será dada a su representante legal, o en su defecto, a la persona bajo cuyo cuidado se encuentre. Sin perjuicio de lo anterior, una vez que haya recuperado la conciencia y la capacidad de comprender, deberá ser informada en los términos indicados en el inciso precedente”*. Primero decir que esta situación está regulada para cualquier persona y no solamente a las personas con discapacidad, aquí tampoco se presenta una incompatibilidad, ya que el mismo modelo promotor da cabida, también de manera excepcional a la figura de la “representación”, en base al mejor interés de la persona que está siendo tratada.

En el caso que fuera una persona con discapacidad que se encontrara en estas circunstancias, operaría la misma regla, sin embargo, aquí habría que aclarar qué sentido tiene la frase, *“que a juicio del médico no le permita recibir la información”*, siendo esto muy amplio e indeterminado, ya que por regla general, las personas con discapacidad mental y sensorial (los “dementes” y sordos o sordos mudos que no pueden darse a entender claramente) en la legislación chilena, son clasificados y percibidos como “incapaces”, no estando necesariamente “inconscientes”. Por tanto, estas personas con discapacidad, podrían ser consideradas como aquellos “incapaces de comprender”, y esto les impida recibir dicha información. Aquí estaríamos frente a una discriminación por razones de discapacidad, ya que con los debidos apoyos (por ejemplo interprete de lenguaje de señas) las personas con discapacidad mental y sensorial podrían comprender la información del médico. Hacer la salvedad, que en caso de que fuera un menor de edad, que estuviera en estas circunstancias, ninguno de los modelos regula esta situación, ya que se concentran en la discusión sobre la capacidad y la justificación de sus límites,

relacionados con las personas con discapacidad. Esta discusión sobre el paternalismo, o no, respecto de la toma de decisiones, tendrá que ser analizada en posteriores investigaciones.

El art.5 letra a) nos presenta alguna señal del dilema presentado, al “*velar porque se utilice un lenguaje adecuado e inteligible durante la atención; cuidar que las personas que adolezcan de alguna discapacidad, no tengan dominio del idioma castellano o sólo lo tengan en forma parcial, puedan recibir la información necesaria y comprensible, por intermedio de un funcionario del establecimiento, si existiere, o con apoyo de un tercero que sea designado por la persona atendida*”. Podríamos deducir que habría una figura del modelo de apoyo en ciernes, ya que según el lenguaje utilizado (salvo por el uso de la palabra “adolezcan”, relacionada a la enfermedad o padecimiento individual, y por esto relacionado al modelo médico), va encaminado a fortalecer este mecanismo, sin desarrollarlo ni muchos menos, no obstante habría una intencionalidad que debemos aprovechar para interpretarla como un principio *pro homine*.

En síntesis se comprueba la presencia del modelo promotor, ya que en este ámbito se privilegia el principio de autonomía sobre el de protección, además se intuye la presencia del modelo de apoyo, mecanismo que defiende el modelo promotor, para consolidar la autonomía, y así poder adoptar libremente las decisiones compatibles con el proyecto de vida a realizar. Y por último también en los casos excepcionales hay concordancia con el modelo promotor, ya que en sus postulados también se acepta la presencia de la figura de la representación. Así que podemos decir que prima plenamente el modelo promotor, en este ámbito.

3.5. Evaluación de la capacidad ante los operadores jurídicos

3.5.1. Sobre el impacto

En principio, en Chile todas las personas tienen derecho a acceder a la justicia, así queda reflejado, en el artículo 19 número 3° de la constitución política que asegura a todas las personas: “(...) *la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida*”. Esta protección al ejercicio de los derechos es de carácter general.

Respecto a las personas con discapacidad, la ley 20.422, “sanciona los actos u omisiones discriminatorios que puedan afectarlas en el ejercicio de los derechos, es así como, el artículo 57 establece una acción especial ante el juzgado de policía local del domicilio del afectado, que permite sancionar al autor del acto u omisión con multas, elevando las sanciones establecidas según la gravedad de la infracción y reincidencia (Art. 58)”¹⁰⁰⁷. Con la nueva ley N° 20.609, de antidiscriminación o conocida también como ley zamudio, (posterior a la 20.422), se modifica el órgano competente para presentar la acción, ahora tendrá que interponerse, a elección del demandante, podrá ser ante el juez de letras de su domicilio, o en el domicilio del responsable de la acción u omisión. (art. 3 de ley). Y Además en su art.2, incluye expresamente a las personas con discapacidad como minoría vulnerable, que pueden ser objeto de discriminación.

Entre las modificaciones legislativas orientadas a adaptar los procesos judiciales a las necesidades de las personas con discapacidad, la podemos observar en la ley N° 20.146, de enero de 2007, que establece reglas especiales para la apelación en causas relativas a la discapacidad, modifica el procedimiento seguido ante las Cortes de Apelaciones¹⁰⁰⁸ al introducir medidas destinadas a agilizar la tramitación y resolución definitiva de las causas en las que los demandantes o denunciantes sean personas con discapacidad, estableciendo preferencias para la vista de aquellas causas por discriminación o amenaza en el ejercicio de sus derechos¹⁰⁰⁹.

En la misma línea, la defensoría penal pública, ha implementado en sus políticas internas ciertos mecanismos que tienden al resguardo de los derechos de las personas de discapacidad. En este sentido destacan los compromisos asumidos en el año 2010 por la defensoría regional de la región de Valparaíso con la comunidad sorda para el caso de detenciones que les afecten, como son: a) comunicación a carabineros y policía de investigaciones para que los imputados sordos sean esposados con sus manos por delante, ya que al no poder comunicarse se atenta con el derecho adecuado de defensa; b) la

¹⁰⁰⁷ Informe Inicial de aplicación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Por parte del gobierno de Chile, de conformidad a los requerimientos establecidos en el art. 35 de la CDPD, Agosto de 2012, p.24.

¹⁰⁰⁸ Las Cortes de Apelaciones de Chile, son tribunales ordinarios y colegiados, pertenecientes al Poder Judicial, que ejercen sus facultades jurisdiccionales dentro de un territorio de la república determinado por la ley, que normalmente corresponde a una región o parte de ella. Están compuestas por un número variable de jueces llamados *Ministros*, uno de los cuales actúa como su Presidente. Generalmente conocen de casi la totalidad de los asuntos de competencia de segunda instancia. Sin perjuicio de ello, ocasionalmente, pueden conocer de asuntos en única o primera instancia de los demás asuntos que la ley les encomiende.

¹⁰⁰⁹ Ídem.

presencia en el recinto policial de defensor acompañado de un intérprete; c) la incorporación de peritos en lenguaje de señas, que puedan desempeñar el rol de intérpretes para que acompañen a los defensores en entrevistas y audiencias.

Si bien estos esfuerzos realizados por el ordenamiento jurídico chileno, representan un avance para cumplir con las obligaciones de la CDPD, debemos subrayar en este caso, que el *acceso a la justicia*, no solamente va asociada con la noción de “tutela judicial efectiva”, va mas allá de una visión restringida, planteada desde igualdad formal. Obviamente que el acceso a la justicia comprende el derecho a la tutela judicial efectiva, pero debemos “ampliar su alcance, a todas aquellas circunstancias sociales, económicas, personales y de cualquier otro tipo que pudieran, en la práctica, dificultar o impedir a la persona acceder al amparo de la justicia. Es así como, esta visión amplia de la misma, se plantea en términos de igualdad material, o incluso de igualdad de oportunidades”¹⁰¹⁰.

Podríamos afirmar que el derecho a la justicia es, además de un derecho autónomo, un derecho instrumental para la realización de los demás derechos (civiles, políticos, sociales y culturales). Como expresa Ana Lawson, cuando el derecho a la justicia es denegado, el resultado es la “muerte civil” de la persona¹⁰¹¹.

Este derecho en su doble vertiente (autónoma e instrumental), es un derecho humano fundamental, cuyo contenido esencial “engloba el acceso efectivo de las personas a los sistemas, procedimientos, información, y lugares utilizados para la administración de justicia”¹⁰¹².

Dicho acceso efectivo no solo se refiere a la persona en su carácter de administrada, sino también para formar parte de dicha administración. Históricamente, “las personas con discapacidad han encontrado denegado su acceso a la justicia y al igual tratamiento del caso de las cortes, tribunales, operadores jurídicos, sistema penitenciario, y además cuerpos involucrados en la administración de justicia”¹⁰¹³. Ello no solo a la hora de acceder a la administración de justicia buscando reparación, sino también a la hora de aspirar a cargos tales como jueces y demás actores en el ámbito de la administración de justicia. De este

¹⁰¹⁰ Palacios, A., *discapacidad y acceso a la justicia*, en *práctica clínica y litigación estratégica en discapacidad y derechos humanos*, Bariffi, F., (coord.) Ed, Dykinson, Madrid, 2013, p.66

¹⁰¹¹ Lawson, A., *The united Nations Convention on the Rights of persons with Disabilities: New era or false Dawn?*, 34, *Syracuse J, Intl, L & Com*, 563, 573 (2007).

¹⁰¹² Ortoleva, S., *Inaccessible Justice: Human Rights, persons whit disabilities and the legal system*, ILSA *journal of international & comparative Law*, Vol. 17:2.

¹⁰¹³ Palacios, A., *discapacidad y acceso a la justicia*, ob, cit., p. 67.

modo, diferentes barreras no solo limitan la posibilidad de utilizar el sistema de justicia por parte de las personas con discapacidad, sino que también limitan y/o impiden su posibilidad de contribuir a la administración de justicia, a la sociedad y a la comunidad¹⁰¹⁴.

Por todo ello, debemos decir que en este ámbito se provoca un impacto de gran magnitud, de esta manera se colisiona con la CDPD, ya que todavía quedan obstáculos que derribar en relación con el acceso a la justicia, como las barreras arquitectónicas (transporte, edificios accesibles, en los mismos juzgados), barreras comunicacionales (interprete del lenguaje de señas, o sea los debidos ajustes razonables, en el mismo proceso judicial, entendiendo el heterogéneo mundo de la discapacidad), y sobre todo barreras actitudinales, las más difíciles de desarraigar, por la mirada paternalista que comparten los operadores jurídicos, (jueces, notarios, conservadores), siendo incongruente a lo establecido en el art. 8, de la CDPD, que obliga, a los estados, a *“asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público”*. Este impacto se extiende al art. 13, que es donde se trata el acceso a la justicia, señalando que *“se asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares”*.

Este impacto también irradia como no podía ser de otra manera, con el art.12, de la CDPD, ya que si no hay un reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás, estos esfuerzos, representados en modificaciones para garantizar los derechos de las personas con discapacidad, quedarán en meros “simbolismos”. Habrá que plasmar el nuevo paradigma de capacidad, junto con el modelo de apoyo, mecanismo que garantiza efectivamente el ejercicio de los derechos sustantivos contenidos en la CDPD. En este mismo sentido se planteó, en la XIV Cumbre Judicial

¹⁰¹⁴ Se sigue en este apartado el enfoque asumido en : Palacios, A., *Igual reconocimiento como persona ante la ley y acceso a la justicia de mujeres con discapacidad, en la transversalidad del género en las políticas de discapacidad*, volumen I, Colección Cermi, CINCA, Madrid, 2012.

Iberoamericana, denominada “declaración de Brasilia”¹⁰¹⁵, en donde se elaboraron reglas básicas de *acceso a la justicia* de las personas vulnerables que por razón de su edad, género, estado físico o mental y otras, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Se estableció en su exposición de motivos que *“el sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho”*. Queda claro, que sin el reconocimiento del ejercicio de la capacidad de las personas con discapacidad, estas no podrán acceder de manera efectiva al sistema de justicia, por más modificaciones que se realicen, así estaríamos en real consonancia con la CDPD.

3.5.2. Sobre los modelos de capacidad

A fin de garantizar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos y estos no sean discriminados por motivos de discapacidad, es que todos los actores y actoras involucrados de manera directa o indirecta en el sistema judicial, cuenten con la sensibilización, formación, y capacitación suficiente¹⁰¹⁶.

La sensibilización, toma de conciencia y capacitación en esta materia, son las medidas más efectivas para la eliminación de las barreras *actitudinales*. En el caso concreto de la administración de justicia, es necesario, que la totalidad de actores y actoras jurídicas cuenten con formación en la temática de discapacidad y derechos humanos.

Hoy los operadores jurídicos todavía están inmersos en una visión paternalista, esto queda demostrado a través de las sentencias judiciales de interdicción que no hacen más que anular la participación, de las persona con discapacidad en todos los ámbitos de la vida. Esta es la realidad a la que se enfrentan las personas con discapacidad, en donde se limita su libertad de poder decidir, respecto de cualquier ámbito jurídico, ya sea personal o

¹⁰¹⁵ Reunión cumbre judicial iberoamericana, realizada en Brasilia en marzo de 2008. Donde se propusieron las 100 reglas básicas sobre el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad. En la cual las personas con discapacidad eran beneficiarias de las reglas.

¹⁰¹⁶ Cfr. Palacios, A., *Igual reconocimiento como persona ante la ley y acceso a la justicia de mujeres con discapacidad*. En *La transversalidad de género en las políticas públicas de discapacidad*. Volumen I. Ed. Cinca, Madrid, 2012.

patrimonial. La presencia del modelo paternalista se hace patente, en la mayoría de las atenciones por parte de los operadores jurídicos, no solamente los jueces, sino también los notarios y conservadores. En este ámbito sigue primando el modelo médico, en donde las personas con “deficiencia” tienen que ser protegidas por un tercero, para que manifiesten en su nombre sus preferencias, generalmente sin consultar a la persona representada sobre dicha decisión.

3.6. Ámbito laboral: capacidad jurídica en las relaciones laborales

3.6.1. Sobre el impacto

Lo primero que tendremos que decir, es que no hay una regulación específica sobre la capacidad de los contratantes en relación con las personas con discapacidad, en la legislación laboral, estando normada la edad para poder contratarse libremente, y todo lo referente a las contrataciones de los menores de edad. Es lo que podemos inferir del art.13 del código laboral, al señalar que *“para los efectos de las leyes laborales, se considerarán mayores de edad y pueden contratar libremente la prestación de sus servicios los mayores de dieciocho años. Los menores de dieciocho años y mayores de quince podrán celebrar contratos de trabajo sólo para realizar trabajos ligeros que no perjudiquen su salud y desarrollo, siempre que cuenten con autorización expresa del padre o madre; a falta de ellos, del abuelo o abuela paterno o materno; o a falta de éstos, de los guardadores, personas o instituciones que hayan tomado a su cargo al menor, o a falta de todos los anteriores, del inspector del trabajo respectivo...”*.

Para despejar esta incógnita, tendremos que remitiremos a la regla general de los contratos regulado en el código civil¹⁰¹⁷. Al respecto, el art. 1438, dice que *“el contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”*. Ahora bien, para que una persona se obligue con otra a dar, hacer o no hacer, por un pacto o declaración de voluntad es necesario según el art.1445 1° *que sea legalmente capaz*, y esta consiste, según el inc.2°, *en poderse obligar por sí misma, y sin ministerio o la autorización de otra*.

¹⁰¹⁷ Gamonal, S., *Lineamientos de derecho del trabajo*, Ed. Lexis Nexis. Santiago, año 2006. (p. 27-33)

Inferimos de la legislación civil, que las personas con discapacidad mental y sensorial, (sordas o sordas mudas que se pueden dar a entender claramente) no podrán celebrar un contrato laboral, al menos por sí mismas, y si lo hacen, tendrán que hacerlo a través de su representante, por todo lo anteriormente explicado.

En relación con la igualdad de oportunidades, para acceder al mercado laboral, nos remitimos a lo que establece el art.2 código laboral, el cual establece que, “*los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación*”.

Si bien no se señala al colectivo de las personas con discapacidad como grupo vulnerable, y que puede ser objeto de discriminación, presumimos que esta es una normativa abierta, en el sentido de que se hace extensiva a otras minorías que no se mencionan en el artículo. En cuanto a la prohibición de discriminación, la jurisprudencia judicial y la dirección del trabajo en Chile, ha sido clara al sostener que esta es amplia, extendiéndose más allá de la enumeración efectuada por el legislador. En consecuencia, “la condición de discapacidad también se encuentra incluida entre las causales de la prohibición, dado que el precepto legal aplica la norma constitucional que prohíbe cualquier discriminación que no se base en la idoneidad o capacidad personal, así como aplica las normas internacionales vigentes en Chile sobre la materia contenidas en el Convenio 111 de la OIT”¹⁰¹⁸.

Sin embargo, de igual forma, creemos se debería agregar también a las personas con discapacidad como sujetos de tutela de la no discriminación en este ámbito, Así, se estaría en consonancia con lo que se establece en el art.5 de la CDPD, sobre la no discriminación por motivos de discapacidad.

En relación al acceso al mercado laboral, encontramos dentro de la misma ley 20.422, (normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad) una flexibilidad, en favor de las personas con discapacidad, en cuanto a los

¹⁰¹⁸ Informe Inicial de aplicación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Por parte del gobierno de Chile, de conformidad a los requerimientos establecidos en el art. 35 de la CDPD, agosto, 2012.p. 46.

requerimientos exigidos para celebrar un contrato. Así se lee en el art. 47, que establece que, *“las personas con discapacidad podrán celebrar el contrato de aprendizaje contemplado en el Código del Trabajo, sin limitación de edad”*. Inferimos del artículo que hay un estímulo del acceso de las personas con discapacidad para ingresar al mundo laboral, en igualdad de oportunidades, flexibilizando los requerimientos que pueden limitar las posibilidades de su aprovechamiento en relación a la edad. Aparentemente puede haber una consonancia con el art. 27 de la CDPD, sobre el reconocimiento de las personas con discapacidad a poder acceder a un trabajo libremente elegido. Sin embargo, como ya lo hemos analizado más arriba, las personas con discapacidad mental y sensorial, no podrían aprovechar esta “ventaja”, ya que no podrán celebrar el contrato de aprendizaje por sí mismas, por no tener capacidad legal, y si quisieran, tendrán que realizarlo a través de su representante. A pesar de que el art.47, tiene la intencionalidad de extender este derecho a las personas con discapacidad mayores de 21 años¹⁰¹⁹.

Otro artículo a destacar en relación al acceso al mercado laboral, es el art. 45 ya que prescribe que *“en los procesos de selección de personal, la Administración del Estado y sus organismos, las municipalidades, el Congreso Nacional, los órganos de la administración de justicia y el Ministerio Público seleccionarán preferentemente, en igualdad de condiciones de mérito, a personas con discapacidad”*. Podríamos decir que en esta normativa hay una incipiente discriminación positiva, justamente en razón de la discapacidad. Ya que se les otorga *preferencia* a las personas con discapacidad a ocupar un cargo de un organismo estatal. Esto es un mecanismo que es utilizado por las políticas públicas, para incentivar a las personas con discapacidad para postular a la administración, cumpliendo obviamente con los requerimientos que exige la administración, los requisitos serán más o menos exigentes, dependiendo del cargo al que se está postulando.

Todas estas manifestaciones de adaptación del ámbito laboral a las normativa internacional, si bien representan un avance, el mismo no es integro, y sus resultados son dispares, ya que si bien se ha incentivado el acceso al mercado laboral en igualdad de oportunidades, no se han desarrollado en la misma proporción, los ajustes razonables. Así, cuando una persona ingrese al lugar de trabajo y sea portadora de una discapacidad visual, auditiva, mental o física, tendrán que hacerse las adaptaciones necesarias para que esta persona pueda desarrollar su trabajo de la manera más natural posible. Además es “parcial”,

¹⁰¹⁹ Ídem, p.45.

ya que no hay un reconocimiento de la capacidad jurídica, y de los mecanismos de apoyo, que en este ámbito quizás más que en ningún otro, son vitales para potenciar el cumplimiento de las actividades laborales.

Si bien este impacto no es de gran magnitud, de todas maneras colisiona con el art.27 de la CDPD, ya que desde este precepto, se promueve el acceso al mercado laboral de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones y sin discriminación, obligando a los estados a, *“reconocer el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad*. Se extiende esta fricción, ya que esta oportunidad de *ganarse la vida* está vinculada con el art.19 de la CDPD, que promueve la vida independiente, de vivir donde y con quien uno quiera, derecho que vendrá a consolidarse a través del trabajo, conseguido libremente, herramienta clave, para desarrollarnos de manera más autónoma.

Y por último, también esta normativa colisiona con el art.12, ya que impide a las personas con discapacidad mental y sensorial, elegir libremente un trabajo que les permita llevar a cabo sus planes de vida. Si se reconociera por parte del estado la igualdad en el ámbito de la capacidad, las personas con discapacidad, podrían ejercer por si mismos estos derechos, incluso el de poder elegir libremente su trabajo, para cumplir con el proyecto de vida elegido por ellos, al igual que los demás.

3.6.2. Sobre los modelos de capacidad

En principio según lo visto en el apartado anterior, en lo que respecta a el art.2 del código laboral (ya desarrollado), esta norma tiene que ser interpretada extensivamente en un doble sentido: por una parte, cada uno de los criterios de discriminación señalados –y no definidos- en el art.2° del código del trabajo debe ser leído en clave extensiva, y así, por ejemplo, sexo puede legítimamente no sólo ser referido al género, sino también a las opciones sexuales del trabajador¹⁰²⁰.

¹⁰²⁰ Eso es lo que precisamente en un notable fallo el juez del trabajo de Rancagua (sexta región) de Chile, quien adelantándose a la reforma procesal laboral, y en un juicio ordinario laboral de despido injustificado, se despacha una notable jurisprudencia : *“ el concepto de discriminación en razón de sexo no puede comprender solo la pura y simple constatación de la persona perjudicada –si es hombre o mujer- si no de englobar*

Por otro lado no hay que perder de vista el tenor propio de la norma que se refiere expresamente a los “actos discriminatorios”, y en la doctrina tanto nacional como extranjera no hay dos opciones en cuanto que la discriminación laboral puede ser directa e indirecta. Al parecer el legislador chileno, ha utilizado una expresión deliberadamente amplia-actos discriminatorios- porque ha buscado que ambos sentidos queden dentro de la acción de tutela. En ambos casos avala, además, la lectura amplia el principio *pro homine*. Este principio interpretativo es aceptado en la legislación chilena. En este sentido, el inciso tercero del número 16 del artículo 19 de la Constitución¹⁰²¹ fija una regla fundamental: el principio de no discriminación en materia laboral posee rango constitucional y, en consecuencia, todas las normas restantes del sistema jurídico deben ajustarse a dicha disposición, considerando a la discriminación laboral un ilícito a nivel constitucional.

En clave de principios el modelo promotor estaría presente, sin embargo, en los criterios de discriminación establecidos por la normativa, no se encuentran señaladas las personas con discapacidad, ahora bien, si la norma la interpretáramos de manera extensiva, como al parecer lo hace el ordenamiento interno, la respuesta vendría desde la doctrina y jurisprudencia, señalando que la enumeración no es taxativa, por lo cual podrían tener cabida los actos de discriminación en relación a la discapacidad. Por tanto, diremos que hay una presencia, si bien en ciernes del modelo promotor, por la coincidencia de principios, lucha contra la no discriminación y la promoción de la igualdad de oportunidades. Sin embargo, esta presencia no será integra, hasta el reconocimiento del ejercicio de este derecho laboral, y la libertad de poder elegir un trabajo, que le permita a las personas con discapacidad llevar a cabos su propio proyecto de vida.

En cuanto a la capacidad de contratar y ser contratado, aquí vemos nuevamente la presencia del modelo paternalista, ya que para poder celebrar un pacto o declarar la voluntad, según el art. 1.445. 1º, hay que ser *legalmente capaz*, y como ya sabemos según la legislación chilena, las personas con discapacidad mental y sensorial (sordas o sordas

también, las condiciones y circunstancias relacionadas con la identidad sexual de la persona. Interpretando de esta forma el art.2 del código del trabajo, es posible proteger laboralmente de toda discriminación por razón de sexo a quienes pertenezcan a una minoría sexual, lo que es concordante con tratar de evitar actos de discriminación protegidos de manera efectiva los derechos fundamentales de la persona humana, toda vez de no entenderlo así significaría implicaría dejar sin protección a un grupo de la sociedad civil, dando lugar a los actos de discriminación que la misma carta fundamental ordena erradicar” (1 JL trabajo de Rancagua, rol 92.771-2007). Todo a propósito de un profesor transexual en la universidad de Rancagua.

¹⁰²¹ El artículo 19 N° 16 inciso 3 establece: “Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”.

mudas que no pueden darse a entender por escrito), son *absolutamente incapaces*, esto significa que no pueden celebrar ningún acto o contrato, y si lo hicieren, este no tendría validez. Solamente pueden actuar a través de su curador, quien deberá autorizar algún acto o contrato que quiera celebrar.

Observamos la presencia inequívoca del modelo paternalista, primando la mirada medico-rehabilitadora, protegiendo la “incompletud”, por medio del modelo de sustitución. Por tanto, en este ámbito primaría el modelo paternalista, restringiendo este derecho a celebrar un contrato libremente por su “deficiencia”, siendo dependientes en este ámbito de la autorización de su curador

3.7. Leyes especiales

3.7.1. Sobre el impacto

Las normas que regulan la situación de las personas con discapacidad en Chile se encuentran dispersas a lo largo de todo el ordenamiento jurídico. Sólo recientemente, con fecha 14 de enero de 1994, se dictó la Ley N°19.284, denominada “*Normas para la Plena Integración Social de Personas con Discapacidad*”, que sin perjuicio de constituir un avance en la materia, el paradigma del que daba cuenta ha ido sustituyéndose por el de la plena inclusión social¹⁰²². No obstante, esta Ley tuvo el mérito de dar un tratamiento global y sistemático a la materia.

Con la ratificación de la convención, en julio de 2008, se produce un cambio profundo sobre el tema en materia legislativa, el cual se concretizó con la promulgación de la Ley N°20.422 en febrero de 2010, titulada, “*Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad*”.

El sólo título de esta ley manifiesta un enfoque diferente. Esta vez se habla de *Inclusión*. En otras palabras, se acentúa el respeto a la dignidad y se incluye en la sociedad a quien siempre fue miembro de ella, aceptando su propia diversidad, y reconociendo cada uno de los derechos que le corresponden, a diferencia de la ley anterior, que utilizaba el concepto de *Integración* que se refería a hacer parte a quienes no conformaban la sociedad

¹⁰²²Sierra, R., “Integración social y equidad en la perspectiva del desarrollo humano sostenible”. Colección Cuadernos de Desarrollo Humano Sostenible (PNUD) Tegucigalpa, Honduras, 2001.

como cualquier persona “normal”. Por tanto podríamos decir que hay una consonancia en cuanto a principios con el art.12 de la CDPD, esta situación se ve reflejada transversalmente en toda la normativa, también en cuanto a principios es compatible con el art.3 y 5 de la CDDP, que lo tres nos garantizan la igualdad y la no discriminación, el respeto a la dignidad de la persona, desde una interpretación amplia de la autonomía.

Así, de acuerdo a la Ley N°20.422, inspirada en estos principios de la convención, expresa un concepto de discapacidad, que está relacionado básicamente al escenario que ofrece la comunidad a una persona, para que pueda desarrollarse plenamente y ejercer en igualdad de condiciones, los derechos que le corresponden de acuerdo a su naturaleza humana¹⁰²³. Al parecer, hay una intención de ir abandonando la mirada médica, sustituyéndola por el paradigma el nuevo paradigma de discapacidad.

Siendo consecuente con esta nueva visión sobre la discapacidad, en su Artículo 5° aporta la siguiente definición: “*persona con discapacidad es aquella que teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa síquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*”. De la normativa, inferimos la presencia del modelo social de discapacidad, como consecuencia de ello también vislumbramos la presencia del modelo promotor de capacidad, siendo el modelo social uno de los referentes de su construcción. Habrá que complementar sí, esta incipiente presencia, con otros elementos como son, el modelo de apoyo, y el reconocimiento del ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, para hablar con propiedad de una presencia integral del modelo, y no solo parcial. Reafirmamos entonces lo dicho anteriormente, respecto de la compatibilidad con los art.3 y 5 de la CDPD, y además con el art.1, que es donde subyace el concepto de discapacidad de la CDPD.

En coherencia con la aceptación y respeto a la diversidad como elementos esenciales de la dignidad humana, parece algo contradictorio hablar de acciones judiciales especiales para las personas con discapacidad, ya que suponemos que toda persona, por el sólo hecho de ser tal, que vea vulnerado sus derechos, tiene el derecho al acceso igualitario de herramientas que garanticen su protección e integridad. No obstante, dado el conjunto

¹⁰²³ Informe Inicial de aplicación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Por parte del gobierno de Chile, de conformidad a los requerimientos establecidos en el art. 35 de la CDPD, Agosto de 2012, p.24.

de acciones u omisiones que en forma arbitraria o ilegal vulneran los derechos a las personas con discapacidad, la Ley N°20.422 creó la denominada acción especial del artículo 57¹⁰²⁴.

En principio, al parecer habría más consonancias que fricciones con el art.12, y otros de la CDPD.

Otra de la leyes que se pueden mencionar, pero no específicamente en relación a la discapacidad, pero si en cuanto a la discriminación de la misma, recientemente entrada en vigor, ley Zamudio, de 2012. Lo relevante de esta ley, en relación a nuestro objeto de estudio, la encontramos en su art. 2 que describe la definición de discriminación arbitraria, y al respecto nos dice que, *“para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.*

Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público”. Lo interesante de este artículo, se encuentra en el último párrafo del primer inc.1. Al señalar expresamente a la discapacidad como grupo vulnerable de discriminación, Por otro lado, califica la enfermedad como algo distinto a la discapacidad ya que utiliza el legislador, la letra “o”, significando una disyunción, separa expresamente un concepto de otro. Esto sería un avance, ya que la mirada es otra, ya no desde el ámbito medico, confundiendo ambos conceptos en uno solo. Entonces podríamos decir en que en esta norma, está en consonancia con el art. 5 de la CDPD, presenciamos un tratamiento especial, contra de cualquier tipo acción discriminatoria, en razón de discapacidad. También se pude

¹⁰²⁴ Ídem.

ver irradiado el art.12, por las mismas razones, desde aquí también se promueve la igualdad y no discriminación, en relación a la discapacidad.

Sin embargo acto seguido en su art. 4, nos encontramos con una visión paternalista, al estar presente la figura de la representación, cuando señala que, *“la acción podrá interponerse por cualquier persona lesionada en su derecho a no ser objeto de discriminación arbitraria, por su representante legal o por quien tenga de hecho el cuidado personal o la educación del afectado, circunstancia esta última que deberá señalarse en la presentación”*. Hemos dicho en reiteradas ocasiones, que la figura de la representación, esta figura es contraria al art.12, que rechaza el modelo de sustitución en cualquiera de las situaciones que se presente.

3.7.2. Sobre los modelos de capacidad

En síntesis, estaríamos constatando la presencia y del predominio del modelo promotor en este ámbito normativo, sin embargo habrá que completar esta presencia, con la manifestación de otros elementos que son vitales para la plasmación integra, que son la adopción de modelo de apoyo y el reconocimiento del ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás.

Observamos sí, que en el ámbito laboral de esta ley, hay una regulación de ajustes razonables, si bien de forma incipiente, pero que están encaminadas a compatibilizar con el modelo promotor. Esto lo podemos ver a través de un ejemplo, a fin de velar por la realización de *ajustes razonables* para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo, la LIOISPD, estableció la obligación de incorporar normas sobre ajustes razonables, en los reglamentos internos de orden de higiene y seguridad, a los que están obligadas las empresas con 10 o más trabajadores permanentes¹⁰²⁵. Consecuencia de ello, la LIOISPD modificó el artículo 154 No. 7 del Código del Trabajo, de modo que actualmente *“el reglamento interno deberá contener: (...) las normas especiales pertinentes a las diversas clases de faenas, de acuerdo con la edad y sexo de los trabajadores, y a los ajustes necesarios y servicios de apoyo que permitan al trabajador con discapacidad un desempeño laboral adecuado”*. Notamos un avance, en aéreas que deben regularse como garantías mínimas. Debemos ampliar esta aplicación, a los mismos puestos de trabajo en

¹⁰²⁵ Ídem, p.44.

donde desarrollan su actividad, las personas con discapacidad, y prever todas las adecuaciones posibles, entendiendo lo diverso del colectivo. Quizás esto sea lo más complejo de poder cumplir por parte de las empresas, ya que si bien están adecuadas para algunas discapacidades, no lo están para todas las situaciones de discapacidad. Además que ello significaría algunas veces modificar el entorno, lo cual se incurrirá en un gasto, pues aquí está la frontera de la aplicación efectiva del ajuste razonable.

El otro ámbito donde se regula la aplicación de ajustes razonables, “ha sido recogida, por la defensoría penal pública mediante la implementación de políticas internas y mecanismos que garantizan el acceso igualitario a los cargos de defensor penal público, consistentes en la confección de la prueba de conocimientos técnicos en modo Braille, la estipulación en las pruebas de disposiciones específicas respecto de las personas que sufran alguna discapacidad, como extensión del tiempo de respuestas y otras para el caso de discapacidad visual”¹⁰²⁶. Así, el departamento de recursos humanos de la defensoría penal se encuentra actualmente trabajando en políticas específicas en la parte “ingreso y selección”¹⁰²⁷.

Si bien estas son manifestaciones de adecuación, que muestran un avance en el cumplimiento de la normativa interna por ir incorporara la CDPD, en su plenitud, todavía queda mucho por hacer, debido a las contradicciones e incongruencias que subsisten dentro del mismo Ordenamiento, ya que, todavía permanecen en vigor, las limitaciones a la capacidad, y el modelo de sustitución, mientras estas instituciones no sean modificadas todos los esfuerzos será insuficientes.

En cuanto a la ley Zamudio, observamos una incipiente presencia del modelo promotor, en lo que se refiere a la coincidencia del principio de igualdad y no discriminación, se garantiza los derechos de las personas con discapacidad, no su deficiencia, sino la discriminación. Y a su vez en la misma normativa observamos también la presencia del modelo promotor, siendo la figura de la representación, una manifestación palpable de dicha presencia, sin embargo, debido a la aceptación del mismo en casos excepcionales siendo que este lo es, también estaría presente el modelo promotor, ya que si acepta dicha figura, en estas situaciones.

¹⁰²⁶ Informe Inicial de aplicación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Por parte del gobierno de Chile, de conformidad a los requerimientos establecidos en el art. 35 de la CDPD, ob. cit., p.45.

¹⁰²⁷ Ídem.

CONCLUSIONES

Las reflexiones desarrolladas a lo largo de la presente investigación pueden ordenarse en torno a las siguientes conclusiones:

1.- La noción de *capacidad* es una construcción sociocultural, un concepto relativo, que varía según los diferentes contextos históricos y sociales, y que se traslada al Derecho. Al ser un constructo enmarcado en un contexto puede cambiar.

2.- Si tomamos como referencia principal a las personas con discapacidad, es posible hablar de tres modelos de capacidad: de status, paternalista y promotor. Cada uno de ellos refleja una concepción distinta de capacidad, de sus límites y de su tratamiento, ubicándose en un tiempo y espacio determinado, que claramente le da una forma particular a dicha construcción. Sin embargo, esta ubicación, no es “fija” ni “inamovible” ya que pueden coexistir dos modelos simultáneamente en un mismo Ordenamiento jurídico.

3.- El modelo de *status* se desarrolla en sociedades jerarquizadas (edad antigua y medieval) y con marcadas desigualdades en todo ámbito. En este contexto, no encontramos la noción de capacidad como la entendemos hoy (dos dimensiones), sino que se nos presenta como un “privilegio”; solamente algunas personas pueden tener la “capacidad plena” y los demás (mayoría) tienen restricciones en la participación de todos los ámbitos de la vida. Esta limitación se fundamenta en la superioridad de un grupo sobre otro. El *modelo de presidencia* de discapacidad, es el que se ajusta a este contexto. La *dignidad* en este modelo, tiene un carácter heterónomo, siendo sus referentes; lo religioso, el honor, y el mérito social.

4.- El modelo de *status* es un modelo discriminador contrario. Presenta un distanciamiento “irreconciliable” con la CDPD al manejar una noción de capacidad con un significado disímil, por las desigualdades que se presentan. Además no hay una percepción de la universalidad de los derechos, tratándose de una visión muy estrecha y restringida. Por ello tampoco podemos construir desde este modelo, un concepto de capacidad jurídica universal. La autonomía se ve muy restringida, justificada a su vez por la filosofía

imperante, incluso aceptándose que algunos seres humanos no sean considerados personas, como es el caso de los esclavos.

5.- Un segundo modelo, que identificamos como *paternalista*, concibe la noción de capacidad jurídica clásica (estática y dinámica), planteando y justificando límites a la capacidad. Esta concepción basada en el “déficit” de la persona, y centrada en la dimensión cognitiva, viene siendo cuestionada desde distintos lugares. El modelo de fundamenta desde la construcción de un individuo estándar dotado de razón y voluntad, que excluye a quienes no cumplen con estas atribuciones. Así las personas con discapacidad constituirán uno de los grupos que queda aislado de esta participación, trasladándose esta justificación ética, al ámbito jurídico, en donde se verán limitadas en su capacidad.

Este modelo que pretende ser universal, y aspira a la integración de las personas con discapacidad en la sociedad, busca alcanzar dicho objetivo en la medida en que las personas logran eliminar u ocultar sus diferencias, teniendo que “normalizarse” para luego integrarse. Esta es la respuesta desde el modelo médico rehabilitador, “sanar” al enfermo para integrarlo, que complementa desde lo filosófico al modelo paternalista.

6.- Debemos romper con el mito de que todos los seres humanos estamos dotados de razón y voluntad, afirmación que es empíricamente falsa. Por ello no podemos construir desde el modelo paternalista un concepto de capacidad jurídica universal. Se trata de un modelo presente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Sin embargo esta visión es incompatible con los principios que sostiene la CDPD, y es difícil interpretar la noción de capacidad que subyace en el instrumento internacional desde este modelo. Esto refleja la realidad de la respuesta normativa por parte de los sistemas nacionales, a siete años desde su aprobación en la ONU, y a 5 años de la ratificación (y su protocolo facultativo) por parte de los estados estudiados y de la mayoría de los otros estados que son parte del instrumento internacional. Este es un indicador palpable del “distanciamiento”, y de que aún queda mucho por hacer, en el camino de plasmación del nuevo paradigma de capacidad, e implementación de la CDPD, de manera íntegra.

7.- El tercer modelo es el que hemos identificado y denominado como *promotor*, conecta la capacidad jurídica con los derechos humanos, sin distinguir las dos dimensiones

clásicas de la capacidad como en el modelo paternalista. Podemos decir que esta nueva noción es “unidimensional”, englobando ambas dimensiones (estática y dinámica) y, construyendo una capacidad jurídica universal desde la igualdad y no discriminación. Aquí la capacidad se relaciona con la libertad para tomar las decisiones y no con la sabiduría de las mismas, proponiéndose un “rebalanceo” de principios, primando el de autonomía sobre el de protección, elemento clave del modelo.

En esta nueva visión, jugarán un rol determinante, los principios de *autonomía*, e *igualdad y no discriminación*, que son los elementos inspiradores del modelo. Aquí más que justificar los límites a la capacidad, se justifica la promoción del ejercicio de los derechos, argumentando en su postura, el por qué de la necesidad de aplicar el nuevo paradigma, de su significado y trascendencia, dentro de un contexto jurídico determinado. La propuesta no es otra que, el reconocimiento de la igualdad en el ámbito de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, argumentado desde lo ético y jurídico.

En este modelo prima una mirada más inclusiva, más integral, menos parcial, interpretándose de manera amplia la autonomía. La respuesta social, se basa en la búsqueda de la inclusión a través de la igualdad de oportunidades, y se resalta la necesidad de que las personas con discapacidad sean aceptadas tal como son, no ocultando las presuntas diferencias que las distancia de los parámetros de la “normalidad”. Con estos replanteamientos, se podrá construir desde el modelo una noción de capacidad jurídica universal, que a su vez, nos permitirá avanzar hacia una sociedad más inclusiva.

8.- Frente al “elitismo” teórico (paternalista), el modelo promotor viene a justificar lo opuesto, desde una visión de los derechos humanos, cuestionado lo anterior, contra argumentando desde lo ético y jurídico, las posiciones obsoletas que han permitido la vulneración sistemática de los derechos de las personas con discapacidad hasta ahora

Se trata del modelo que se logra plasmar en la CDPD, siendo compatible en la mayoría de sus postulados. Sin embargo, es probable que el modelo se distancie en alguna medida, respecto de algunos enfoques del artículo 12, sin significar esto una contradicción. Lo que viene a hacer el modelo promotor, es reforzar y complementar algunas “fluctuaciones” del propio numeral 4 del art.12, que deja entrever una doble interpretación respecto del término de “salvaguardias” (tiene una doble vida) y que el modelo promotor

recoge, adoptando la interpretación minoritaria del mismo. Diremos que esta adopción es producto del debate que se genera en torno a este numeral; por tanto la presencia de la figura de la representación (con carácter excepcional) como se prevé en el modelo, en ningún caso provoca un quiebre entre ambos paradigmas, ya que en cuanto a su finalidad, sus fundamentos, y herramientas manejadas para lograr la inclusión, son las mismas en ambos paradigmas.

9.- Hemos podido observar las coincidencias existentes entre el *modelo promotor* y el *modelo social*, al sostener ambos que la discapacidad/capacidad es una cuestión de derechos humanos. Los principios de igualdad y no discriminación, son sus fundamentos. La inclusión social es uno de los objetivos a alcanzar que también comparten. Ambos modelos, realizan una interpretación amplia de autonomía, reflejada en el ejercicio de los derechos, sin integración de límites. Estos modelos afines, por complicidad filosófica, condicionan la presencia del otro. Esto queda demostrado en el estudio realizado en los ordenamientos jurídicos nacionales: cuando no había una noción de capacidad/discapacidad expresa en algún ámbito del derecho, esta, se podía inferir por la presencia de uno u otro modelo de capacidad o discapacidad, en oposición o en coincidencia, una práctica que fue utilizada con eficacia. Diremos entonces que el modelo promotor y el modelo social, son “dos caras de la misma moneda”.

Lo mismo podemos afirmar en cuanto a la afinidad existente entre los modelos *paternalista* y el *médico-rehabilitador*. Esta complicidad filosófica también nos sirvió para deducir el tratamiento de la capacidad/discapacidad de algún ámbito del derecho, siendo evidente que este “binomio” es el que está primando actualmente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales, como ha quedado demostrado en la investigación. Respecto del *modelo de status*, y el de *modelo de prescindencia* podemos presumir que también hay una complicidad, sin embargo, este “binomio”, no lo observamos en ninguno de los ordenamientos jurídicos estudiados, comprobando el reflejo de una realidad sobre un contexto histórico determinado. Esto demuestra un avance en cuanto a la respuesta social, en relación a las personas que se encuentran en situación de discapacidad, aunque lamentablemente continúe siendo insuficiente.

10.- En cuanto a la justificación de los derechos de las personas con discapacidad, comprobamos otra coincidencia entre el *modelo promotor* y el *modelo social*, ya que ambos utilizan el argumento de la “situación”, valorando a la persona (su dignidad), y prestando atención a las circunstancias en que la misma se encuentran. Esta justificación en el plano de igualdad y no discriminación, proviene desde el ámbito de la generalización de los derechos, o sea protegen los derechos de las personas con discapacidad en términos generales, entendiendo que son los mismos derechos que posee cualquier persona, por tanto la justificación obedece a un enfoque de la situación. Subrayamos esta coincidencia ya que, existe otra justificación de los derechos de las personas con diversidad funcional, que es aquella centrada en los rasgos de la persona, denominado enfoque de la “identidad”, (enfoque defendido por el modelo de la diversidad), argumento que exalta la identidad del grupo. En todo caso deberíamos decir que la diferencia entre estos dos enfoques no es categórica, ya que el mismo modelo social, maneja un concepto de discapacidad, aunque en menor medida, con cierto contenido identitario. La diferencia fundamental estriba en que, la justificación del *enfoque de la situación*, utiliza la diferenciación positiva para conseguir la igualdad mientras que el *enfoque de la identidad* utiliza la diferenciación positiva para proteger la diversidad. Entendemos que este último, presenta el problema de la definición del colectivo y de la representación del mismo.

11.- Para la plasmación plena del nuevo paradigma de capacidad, representado por el modelo promotor, es necesario el replanteamiento de la noción de autonomía. Es así como, desde el modelo promotor, la autonomía deja de ser un *prius*, para ser un objetivo a alcanzar. En este nuevo planteamiento se deja de buscar la incompetencia, que la autonomía se encuentre disminuida no significa que este anulada. Será en estos casos donde deberá destacarse el rol del derecho e intervenir para garantizar el pleno desarrollo de la autonomía existente.

Para ello, será necesario extender a las personas con discapacidad la visión tradicional de la autonomía, pero también complementar y reconstruir esa visión. Desde el modelo promotor se defiende un término más complejo, integrado por dos contenidos: (i) un contenido negativo, que exige la no intromisión del Estado, ni de terceros en el ámbito de poder de elección (mirada clásica de la autonomía); (ii) un contenido positivo, que exigiría la intervención del Estado y la sociedad, para promover y beneficiar el poder de

elección autónoma de la persona. Lo que se quiere lograr con esta extensión, desde el contenido positivo, es derribar las barreras que impiden el desarrollo moral de las personas con discapacidad, adoptando las medidas e instrumentos pertinentes que permitan eliminar dichas barreras, para luego apoyarles en la toma de decisiones. Debemos entender que el ejercicio de la autonomía, no es absolutamente independiente, si así fuera, también podríamos estar excluyendo a las personas con discapacidad que pueden depender de un tercero para expresar sus deseos y preferencias. Con esto queremos significar que nadie vive el ideal liberal de ser una persona autónoma, totalmente separada e independiente de otros, realidad que se presenta tanto en las personas con y sin discapacidad. Con este replanteamiento se busca reforzar el modelo de apoyo desde el punto de vista filosófico, profundizando la condición natural de convivencia y dependencia del ser humano.

12.- El *modelo promotor* entiende que el modo de vida independiente representa la consolidación de la autonomía, por lo que es prioritario que se promuevan medidas que fomenten esta posibilidad, y que vayan en esa dirección. Este planteamiento constituye una respuesta a las barreras que la sociedad ha construido, y que obstaculiza el desarrollo de los planes de vida de las personas con discapacidad. Esta filosofía de vida, estimulará la responsabilidad y las consecuencias de los actos propios, ya que las personas con discapacidad deberán enfrentarse a los inconvenientes, y problemas de la vida diaria, obviamente todo ello en un plano de igualdad. Este principio, en sus orígenes fue promovido por el propio colectivo, como respuesta a la institucionalización, siendo una reacción más, frente a la vulneración de los derechos de la libertad individual.

13.- La libertad de elección es otro de los fundamentos del *modelo promotor* y del artículo 12. Aquí no es relevante si la decisión es adoptada de manera más o menos sabia; lo importante es la libertad de decidir. Aquí, la dignidad del riesgo adquiere importancia, el derecho a equivocarse y aprender, o no, de dichas equivocaciones, el derecho a no ser protegido. Esta libertad, ha sido hasta ahora un espacio de tolerancia reservado para “algunos”. Este planteamiento vanguardista es a veces, poco comprendido, debido a la visión sobreprotectora y muchas veces desproporcionada, que frena todo atisbo de libertad de las personas con discapacidad, produciéndose un inmediato rechazo, a esta posibilidad. Esta actitud se ha naturalizado a través del tiempo, no se cuestiona este proteccionismo, es mas se justifica, y se da su beneplácito de manera expresa y tacita, de la sociedad en

general. Esta mirada paternalista, todavía “fija” en la “deficiencia”, en la “debilidad”, en la “peligrosidad” de la persona con discapacidad, sigue retrasando la plasmación íntegra del nuevo paradigma de capacidad.

14.- La igualdad que se propone desde el paradigma de capacidad, tanto del modelo promotor como del art.12, es la igualdad de oportunidades, superando así la igualdad formal, que está distante de la idea de universalidad. Esto significa ir más allá de la igualdad formal, para adoptar medidas correctoras que permitan luchar contra la discriminación estructural, que impiden a las personas con discapacidad desarrollar sus proyectos de vida. De este modo, serán las políticas públicas las que nos ubiquen en un mismo lugar de partida a todos. Justamente la igualdad de oportunidades va encaminada a crear las condiciones óptimas que permitan a las personas partir de la misma situación en el desarrollo de su trayecto vital. El fundamento del contenido de la igualdad de oportunidades es representado por la no discriminación, “binomio” que constituye las herramientas de cambio que nos conducirán a una sociedad más inclusiva, en este ámbito, pero también en otros. Esto permitirá alcanzar la igualdad real o sustantiva que se pretende.

15.- Debemos adecuar el lenguaje al nuevo paradigma de capacidad, finalizar con la relación de la discapacidad/ incapacidad, que confunde y estigmatiza. No hay que confundir habilidad y talento, con capacidad. Debemos entender que existen diversas formas de pensar, sentir y comunicar, y esto es parte de la naturaleza humana. Sin embargo cuando se habla de capacidad, la reducimos a una sola forma: de pensar, sentir, y comunicar.

16.- La CDPD, es un tratado de derechos humanos, el primero del siglo XXI, que protege los derechos de las personas con discapacidad y no la discapacidad. Esta convención, considera la discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Esta nueva visión provoca consecuencias: (i) la persona con discapacidad deja de ser un “objeto” de políticas asistencialistas, para pasar a ser sujeto de derecho, reconociendo su igual capacidad jurídica que los demás; (ii) esta capacidad se hace extensiva a todas las personas con discapacidad, ya que la definición de discapacidad que subyace en la convención, refleja la realidad del heterogéneo mundo de este colectivo, reconociendo así, distintas formas de pensar, sentir y comunicar; (iii) la igualdad y no discriminación es un principio clave para lograr la plena inclusión.

17.- La CDPD es una normativa “activa” La metodología de acción que utiliza, se manifiesta en que “obliga a los estados” a adoptar medidas que vayan encaminadas a hacer efectivo el pleno goce de los derechos de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que los demás. Su finalidad es una transformación de la sociedad, proponiendo la inclusión, removiendo los obstáculos y barreras que impiden el desarrollo vital de las personas con discapacidad. Todo ello desde una mirada desde los derechos humanos.

18.- La noción de capacidad jurídica que subyace en art.12 de la CDPD, bebe de las fuentes del art.15.2 de la CEFDM, y del Derecho comparado. A nuestro modo de entender fue el instrumento internacional el que influyó de manera determinante para que se adoptara esta noción de capacidad, que consiste en garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos de la capacidad jurídica entre hombres y mujeres, corrigiendo una discriminación por razón de género, y se igualó a la del hombre. En el caso del art.12 de la CDPD, se sigue el mismo razonamiento, se revierte una discriminación por razón de discapacidad, y se iguala a la de los “capaces”. Este nuevo paradigma no es una creación de los debates previos (sesiones) a la aprobación de la CDPD, sino que constituye una interpretación sobre una situación similar de discriminación.

Esto quiere decir que, se presenta una situación de un trato diferente que no encuentra justificación alguna, o esta declina por la presencia de argumentos superiores. Este es el caso de las mujeres y las personas con discapacidad, no hay justificación posible, entendiendo que estas diferencias no son relevantes para recibir un trato diferente. De esta manera podemos colegir, que el resto de la CDPD, está irradiada por esta noción, siendo un elemento transversal a dicho instrumento internacional. Este significado es el mismo que debe adoptar cualquier Ordenamiento jurídico interno que ratifique e incorpore la CDPD.

19- Las dos grandes coincidencias que permiten interpretar el art.12 de la CDPD, a través del *modelo promotor* son: (i) el reconocimiento de la igualdad en el ámbito de la capacidad; y (ii) la aplicación de un nuevo modelo de apoyo en la toma de decisiones. La interpretación amplia de la autonomía, y la primacía de la misma sobre el principio de protección, suponen un cambio radical al interior de los ordenamientos.

Estos dos postulados, deben ser adoptados primeramente por los ordenamientos jurídicos internos, para luego ir desarrollándose los otros derechos sustantivos de la CDDP. Esto significa que las personas con discapacidad pueden ejercer los derechos por sí mismos, reconocimiento que todavía es mirado con escepticismo por la sociedad en general, y por los operadores jurídicos en particular. Además esto significa remover los cimientos de la institucionalidad civil.

20.- En cuanto a la significación del art 12, como elemento transversal a la CDDP; del estudio de estos tres ordenamientos jurídicos nacionales, y una vez analizado el tratamiento de la capacidad jurídica en su interior, hemos podido comprobar la semejanza existente en casi todos los ámbitos del Derecho, siendo contraria a los postulados del art.12 de la CDDP. En base a ello, detectamos un distanciamiento en cuanto a la aplicación íntegra de la CDDP, entendiendo que la capacidad jurídica se constituye como un elemento transversal a todo el instrumento internacional, por lo que los demás derechos sustantivos tampoco podrán ser aplicados con eficacia. Según lo cotejado, y debido a las fricciones de gran calado, se hace más compleja por ahora la adopción plena de la CDDP y, si bien es cierto que hay esfuerzos desde todos los ámbitos para cumplir con las exigencias establecidas en el instrumento, estas no son suficientes ya que el verdadero cambio se producirá cuando los ordenamientos jurídicos internos reconozcan la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, cuya interpretación deberá estar conforme con el art.12. Sin este previo reconocimiento, todo lo demás serán modificaciones de carácter “simbólico”.

21.- Del análisis desde la presencia/primacía de los modelos, hemos comprobado que los tres ordenamientos están “empapados” por el modelo paternalista, primando una mirada medico-rehabilitadora, reflejada en casi todos los ámbitos estudiados. Esta visión condiciona la interpretación de la autonomía y la libertad en la toma de decisiones, traducándose en limitaciones al ejercicio de los derechos y sustitución en la toma de decisiones.

El modelo paternalista, vincula ciertas limitaciones individuales (sobre todo mentales) con la falta de capacidades para el ejercicio de la libertad moral. El factor determinante de esta primacía, lo justifica la ausencia del elemento cognitivo, traducido en el mundo jurídico, en tomar decisiones racionales o juiciosas, y si esta habilidad no está

presente, se restringe esta libertad. Ecuación que se maneja en los tres ordenamientos estudiados, efectivamente, en el modelo paternalista se valora más el “resultado” de la elección, que la propia libertad de elegir. Hay una coincidencia en relación a lo dicho, en casi todos los ámbitos, a excepción del ámbito de la salud y de voluntad anticipada, con sus matices. Esta es la explicación desde el fundamento paternalista del origen del distanciamiento en la aplicación de la CDPD.

22.- La plasmación del nuevo paradigma de capacidad en el ámbito del Derecho puede ser entendida a través de la consideración de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos. A pesar de que dicha premisa está inmersa en los ordenamientos internos, este fundamento en relación a las personas con discapacidad pierde fuerza, ya que el concepto moderno de dignidad (fundamento de los derechos), está compuesto por elementos que no confluyen en las personas con discapacidad, por lo mismo, se hace necesario que desde la Filosofía del Derecho se investigue, en la búsqueda de respuestas encaminadas a no excluir del discurso protector de los derechos humanos a ninguna persona.

Todos los ordenamientos deben adoptar una interpretación amplia de la autonomía, ir dejando atrás la conceptualización de ser humano idealizado, abstracto y descontextualizado. Debemos a la luz de lo propuesto por el nuevo paradigma, plantear la construcción de un nuevo modelo de ser humano reconociendo sus circunstancias, su contexto, y su situación. Esto nos llevaría a reflexionar sobre el concepto mismo de dignidad, este sería un escenario ideal, para comenzar a desarrollarlo.

23.- Los operadores jurídicos, tendrán que adecuarse a estos cambios, siendo por esto fundamental la capacitación de los mismos, para lograr el entendimiento del espíritu de la CDPD. Ya que la normativa interna tendrá que ser aplicada e interpretada tomando como referente el instrumento internacional y el paradigma de capacidad que subyace en su interior. Esto significa dejar atrás la mirada paternalista, y las sentencias limitadoras de la capacidad, dejar de estigmatizar a las personas con discapacidad mental, asimilándola a una persona “peligrosa”, o como una persona sin voluntad, o que no puede manifestar sus deseos y preferencia. Las sentencias del siglo XXI, deben ser habilitantes y no limitantes de la posibilidad de desarrollar un proyecto de vida. Entendemos que este cambio actitudinal

será el más difícil de llevar a cabo, tanto para los operadores como para las mismas personas con discapacidad y su grupo familiar, acostumbradas a un tratamiento excluyente en todos los ámbitos del derecho.

24.- Esta investigación ha puesto en evidencia de manera clara los cuestionamientos que se vienen realizando a las teorías universalistas de los derechos. A través de esta construcción teórica hemos desarrollado algunas propuestas que replantean conceptos que hasta ahora han sido intangibles e inamovibles desde el discurso de los derechos, como la *autonomía*, la *capacidad* e incluso el mismo concepto de *dignidad*, instalando el tema para el debate. Debemos seguir profundizando en ello, creemos que es un buen momento para hacerlo, aprovechando que la convención es una herramienta convincente con justificaciones éticas y jurídicamente consolidadas, que nos servirá para iniciar con una base sólida las futuras discusiones sobre estos temas. Debate que no contempla solamente al colectivo de las personas con discapacidad, sino a todos aquellos grupos que están siendo vulnerados en sus derechos, siendo la CDPD, un referente para producir los cambios normativos necesarios, que apunten hacia una eficaz protección de los derechos humanos, desde una real universalidad.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, V, Y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Ed. Trotta, Madrid, 2004. .

ADROHER BIOSCA, S., (coord.) *Discapacidad e integración; familia, trabajo y sociedad*, Ed. Publicaicones de la universidad pontificia de comillas, Madrid, 2004.

AGUADO DÍAZ, A., *Historia de las deficiencias*, Ed. Escuela libre, Madrid, 1995.

ALBADALEJO,M., *Derecho civil* , tomo I, Ed. Edisofer, Madrid, 2006.

ALBRECHT, G, Y BURY, M, *The political economy of the disability studies*. Thoosusand Oaks (Ca), Sage Publication, 2001.

ALEMANY, M., *Las estrategias de la benevolencia* (sobre las relaciones entre el paternalismo y la bioética). Universidad de alicante, cuadernos de filosofía del Derecho, Doxa 26, Madrid, 2003.

ALEMANY, M., “El concepto y la justificación del paternalismo”, *Revista doxa* N°28, *Revista de filosofía del derecho*. 2005.

ALEMANY,M., *El paternalismo jurídico*, Ed. Iustel, Madrid, 2006.

ALESSANDRI, A., *De la responsabilidad extracontractual*, en *el Derecho Civil chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943.

ÁLVAREZ LATA, N, Y SEOANE, J.A, “El proceso de toma de decisiones de las personas con discapacidad”, *Derecho privado y constitución*, núm. 4, 2010.

AÑON, M.J., “Necesidad y derecho”. Un ensayo de fundamentación, *Revista española de Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 1994.

ARBIDE, A., *La capacidad jurídica y su revisión a la Luz de la Convención. Una nueva visión desde el movimiento asociativo, en discapacidad derecho y políticas de inclusión*, Cayo, L., Ed. Cinca, Madrid, 2010.

ARENDT, H., *La condición humana*, Ed. Paidós, Barcelona, 1996.

AREVALO, J. Y RAJMIL, A., La nueva capacidad jurídica sobre la igualdad y capacidad de las personas, en Congreso internacional sobre discapacidad y derechos humanos, Buenos Aires, 2010.

ARISTOTELES, *Política*, trad. García Valdez, Ed. Gredos, Madrid, 2000.

ARISTOTELES, *Política*, libro I capítulo III, trad. Pedro Simón Abril, Ed. Nuestra raza (colecciones todos los clásicos) Madrid, 1934.

ARISTOTELES, *Ética a Nicómaco*, trad. Julian Marías, col. Clásicos políticos, centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1985.

BACH, M., *El derecho a la capacidad jurídica en la convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad: Conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma legislativa*, en *capacidad jurídica y derechos humanos*, en capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos, Palacios, A., y Bariffi, F., (coordinadores), Ed. Ediar, Buenos Aires, 2012.

BACH, M., *la toma de decisiones con apoyo y el artículo 12 de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Elementos de un modelo*, traducción española de David Stirton, en prensa.

BANK-MIKKELSEN , N. E., “El principio de normalización”, en *Revista Siglo Cero*, nº 37, Madrid, 1975.

BARIFFI, F., *Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU*, en Pérez Bueno, L, y Sastre, A, (ediciones.), Carballeda, M, (prologo), *Hacia un derecho de la discapacidad*. Estudios homenaje al profesor Rafael De Lorenzo. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009.

BARTON, L., *Discapacidad y Sociedad* , Ed. Morata, Madrid, 1998.

BARRANCO, M.C, *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, colección cuadernos idhbc, nº47. Ed. Dykinson,2010.

BARRANCO, M.C., CUENCA, P., RAMIRO, M.A., *Capacidad jurídica y discapacidad: art.12 de la convención de Derechos de las personas con discapacidad*, en Anuario de la facultad de Derecho, nº 5, 2012.

BEATRIZ, L., *La escucha del niño en el proceso judicial de familia*, Ed. La Ley 2007, Buenos Aires.

BECK, U. Y BECK-GERNSHEIM, E., *La individualización.*, Ed. Paidós, 2003.

BENADAVA, S ., *Las Relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los Tribunales Chilenos*", en Nuevos Enfoques del Derecho Internacional, Coordinación, León Steffans, A., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1992.

BENADAVA, S., *Derecho internacional público*. Quinta edición, Ed. Jurídica Cono Sur, Santiago, 1999.

BERLIN. I., *Four seáis on liberty*, Londres y Nueva York, año, 1969. Oxford University press. Traducción al castellano, traductores: Belén Urrutia; julio Bayón; y Natalia Rodríguez, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Ed. Alianza, Madrid, 1998.

BERLIN .I, *The croked timber of humanity: chapter in the history of ideas* . Ed Henrry Hardy (Londres, 1990: John Murray, 1991: Knopf) traducción al castellano de José Manuel Álvarez Flores como, *el fuste torcido de la humanidad*, Ed. Península, Barcelona, 1992.

BIEL,I., *Regulación jurídica de la discapacidad: la perspectiva de los derechos humanos. En la perspectiva de los derechos humanos en la discapacidad*. Blázquez, M, D., y Biel, I., (eidtores). Ed . Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

BIEL, I., *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2011.

BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*, de P. Aragón, Ed. Paidós, Barcelona.1993, p.78.

BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Ed. Sistema, Madrid, 1991.

BOBBIO, N., *La naturaleza del prejuicio. Racismo, hoy. Iguales y diferentes*, en *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*. Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2010.

BONFANTI, M.L., “El derecho de autoprotección en la Provincia del Chaco”. *Revista del Notarial* N° 2.

BÓRQUEZ, G, RAINERI B, BRAVO, M., “La evaluación de la «capacidad de la persona»: en la práctica actual y en el contexto del consentimiento informado”, en, *Revista Médica*, Chile, 2004.

BORDA, A. (director), *La capacidad, en la persona humana*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001.

BORDA, G., Tratado de derecho civil, parte general-I, Ed. Perrot, 12° edición, N° 544. Buenos Aires, 2004.

BREGGIN, P., *Psychiatric Drugs: Hazards to the brain*, Springer, New York, 1983.

BUCHANAN A , BROCK, D., *Deciding for others. The ethics of surrogate decision making*. New York: Oxford Univ. Press; 1989.

CABRERA, J., Y FUERTES, J.C., *Psiquiatría y derecho*, Ed. Aran, Madrid, 1990.

CABRA DE LUNA, M.A., BARIFFI, F, Y PALACIOS, A., *Derechos humanos de las personas con discapacidad: La Convención Internacional de Naciones Unidas*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2007.

CÁRDENAS, E., GRIMSON,R Y ÁLVAREZ, J., *El juicio de insania y la intervención psiquiátrica*, Astrea, Buenos Aires,1985.

CAYO, L. Y SASTRE, A., *Derechos humanos y discapacidad*, informe españa 2011, colección convención ONU. Ed. cinco, Madrid, 2012.

CAYO, L., *La recepción de la convención de la ONU, en el ordenamiento jurídico español; ajustes necesarios*, en *Capacidad jurídica y discapacidad*, De Lorenzo R, Palomero B, Castro A, Martínez G, Cabra M.A, Soto José (director), cuaderno de trabajo n° 7/ España. Proyecto a cargo de FUTUEX, Madrid. 2009.

CAYO, L., *Discapacidad, derecho, y políticas de inclusión*, Ed. Cinco, Madrid, 2010.

CAYO, L. , (DIRECTOR), SASTRE, A (EDICIÓN) CARBALLEDA,M (PROLOGO)
HACIA UN DERECHO DE LA DISCAPACIDAD. ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROFESOR RAFAEL DE LORENZO. ED. ARANZADI, THOMSON REUTER PAMPLONA, 2009.

CAMPOY, I., *La fundamentación de los derechos del niño: modelos de reconocimiento y protección*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006.

CAMPOY I., *La discapacidad y su tratamiento en la Constitución española de 1978*, en Campoy Cervera, I. y Palacios, A. (eds.), *Igualdad, No Discriminación y Discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentina*, colección “Debates del Instituto Bartolomé de las Casas”, núm. 8, Dykinson, Madrid, 2007.

CHARLTON, J. I., *Nothing about Us without Us: Disability Oppression and Empowerment.* University of California Press, Berkeley, 1998.

CICERÓN, M, T., *Sobre los deberes*, trad. J,Guillen Cabañero, Ed. Tecnos, “Clásicos del pensamiento”, n. 64, Madrid, 1999.

CICERÓN, M, T., *Sobre la república. sobre las leyes*, trad. J. Guillen Cabañero, Ed. Tecnos, “Clásicos del pensamientos”, numero 20, Madrid, 1992.

CIFUENTES, Santos Rivas-Molina, Andres- Tiscornia, Bartolomé., *Juicio de insania y otros procesos de incapacidad*, Ed. Ammurabi, 1990.

CISTERNAS, S., *Las obligaciones nacionales para los estados partes en virtud del art.12, de la CDPD, vínculos con el art.13 e impacto en el derecho interno, en capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, Palacios, A, y Bariffi, F., Ed. Ediar, Buenos Aires, 2012.

CONEJERO, E., “Globalización, gobernanza local y democracia participativa”, en *cuadernos constitucionales de la catedra Fadrique Furio Ceriol*, Valencia, 2005.

CORRAL, H., *Adopción y filiación adoptiva.*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000.

CORRAL, H., “Responsabilidad civil en la construcción”, Publicado en *Gaceta Jurídica*, 1999, N° 223.

COURTIS, C., “Discapacidad e inclusión social: retos teóricos y desafíos prácticos. Algunos comentarios a partir de la ley 51/2003”. En, *Revista jueces para la Democracia*, n° 51, Madrid, noviembre, 2004.

COURTIS, C., *Los derechos de las personas con discapacidad en el sistema de las naciones unidas*. En *tratado sobre discapacidad*, De Lorenzo y Cayo, L (Directores), Ed. Aranzadi, Navarra, 2007.

CROV LIZ, *Nuestra vida en su totalidad; renovación del modelo social de la discapacidad*. En *encuentro con desconocidas: feminismo y discapacidad*, de Morris, J., Ed. Narcea, Madrid, 1996.

CUENCA, P. “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: art.12 de la CDPD. De la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español”. *Derechos y Libertades*, Número 24, Época II, 2011.

CUENCA, P., “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad; principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, en *REDUR 10*, Madrid, 2012.

DAMASIO, A., *Self comes to mind*, Pantheon Book, New York, 2010.

DE ASÍS, R., *La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, elección, Derecho y Poder*, en Campoy, I., (ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Ed.Dykinson, Madrid, 2004

DE ASÍS, R., *Derechos humanos y discapacidad. algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos*” en, “*Igualdad no discriminación y discapacidad*” Jiménez E., Ed. Dykinson, Buenos Aires, 2006.

DE ASÍS, R., *Sobre discapacidad y derechos*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013.

DE ASÍS, R, Y BARRANCO, M., *El derecho de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*. Ed. Dykinson Madrid, 2004.

DE ASÍS R, Y PALACIOS, A., *Derechos humanos y situación de dependencia*. Ed. Dykinson, Madrid, 2007.

DE ASÍS, R., *Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos*, en *Igualdad, No discriminación y Discapacidad*, (editores) Campoy, I, y Palacios, A., Ed. Dykinson Madrid, 2007.

DE ASÍS, R., *La convención de la ONU como fuente de un nuevo derecho de la discapacidad*. En Cayo, L.,(director), y miguel carballeda (prologuista), *Hacia un derecho de la discapacidad*, Ed. Aranzadi, Thomson Reuter. Pamplona, 2009.

DE ASÍS, R., “Los derechos y la argumentación judicial”, en *Revista parlamentaria* de la asamblea de Madrid, Nº 10, 2004.

DE ASÍS, R., *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Col., Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, N 17, Dykinson, Madrid, 2001.

DE ASÍS, R., Y BARRANCO, M., *El derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.* En *situación de dependencia, discapacidad y derechos.* Barranco M (coordinadora). Ed. Dykinson, Madrid, 2010.

DE ASÍS R, Y PALACIOS, A., *Derechos humanos y situación de dependencia,* Dykinson, Madrid, 2007

DE ASÍS, R., “Sobre la capacidad” . Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto Consolider-Ingenio 2010. “*El Tiempo de los Derechos*”, csd2008-0007 y en el proyecto “El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español”, Madrid.

DE ASÍS R Y PALACIOS, A., *Aproximación al concepto de dependencia.,* En, *La protección internacional de las personas con discapacidad.* Fernández Liesa. C. Ed. colección 53 monografías. Madrid, 2007.

DE ASÍS R, Y CUENCA, P., *La igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad,* En: *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de las personas con discapacidad en España.* Ed. Cinca, Madrid, 2012.

DE ASÍS, R. *Sobre el derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia,* Huri-Age. Consolider ingenio 2010.

DE ASÍS, R., AIELLO, A, L., BARRIFFI, F., CAMPOY, I., PALACIOS, A., *Sobre la accesibilidad universal en el derecho,* Ed. Dykinson, Madrid, 2007.

DE ASÍS R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder,* Ed. Dykinson, Madrid, 2000.

DE LORENZO, R. CABRA, M.A.,CASTRO-GIRONA, A.,SOTO-RUIZ, J., (directores), Cuaderno nº 1 Argentina colección capacidad jurídica y discapacidad, Proyecto a cargo de FUTUEX, Madrid, 2008.

DE LORENZO, R., *Recepción de la Convención de la ONU en el ordenamiento jurídico español: ajustes necesarios*, en Discapacidad, derecho, y políticas de inclusión, Cayo Bueno, L., Ed. Cinca. Madrid. 2010.

DE LORENZO, R Y MONTERO , R., *El consentimiento informado y la relación clínica en el Derecho Español, Incidencia del Convenio Europeo español de bioética*, en Martínez Calcerrada, L, y De Lorenzo y Montero, R., et.al, derecho medico, n.8, T.I, Colex, Madrid, 2011.

DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, T.II, Civitas, Madrid 1984.

DE COULANGES, F., *La ciudad antigua*, trad. de Carlos Martín Diamante, colección Obras maestras, Barcelona, 1952

DEL ARCO TORRES, M. A. Y PONS GONZÁLEZ, ‘*Capacidad jurídica*’, en *Diccionario de Derecho Civil*, Tomo Primero (A-G), Editorial Aranzadi, 1984.

DE LA TORRRE, J, Y MARÍAN, J, *Autonomía personal y atención a la dependencia*, publicaciones pontificia universidad de comilllas, Madrid, 2009.

DHANDA, A., *Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past ot Lodestar for the Future?*, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol., 34, 2006-2007.

DÍAZ PALOS, F., *Teoría general de la inimputabilidad*, Barcelona, Bosch, 1965.

DÍEZ-PICAZO, L., *Sistema de derecho civil*. Volumen I, 11ª , Ed., Tecnos, Madrid, 2003.

DOUGLAS, J. D., *Cooperative Paternalism versus Conflictful Paternalism*, en Sartorius, Rolf (comp): *Paternalism*, Ed. University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987

DRANE, J., *Competency to give an Informed Consent. A model for Making Clinical Assesments*. Ed, JAMA 1984.

DWOKIN, G, *Paternalism*, en J, Betegon y Jr.de Paramo (disc). *Derecho y moral*, Ed.Ariel, Barcelona, 1990.

ELSTER, J., *Uvas amargas: sobre la subversión de la racionalidad*. Ed. Península, Barcelona, 1988.

EROLE, C., *La discapacidad como eje de un movimiento social de afirmación de derechos, en la discapacidad: una cuestión de derechos humanos*, Ed. Espacio, Buenos Aires,2002

ETCHEBERRIA, A., *Derecho penal (parte general)*. Tomo I. Ed, Editorial Jurídica de Chile. Santiago de chile, 1998.

ETXEERRIA, X., *La condición de ciudadanía de las personas con discapacidad intelectual*, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2008.

FAIR, H., “La globalización neoliberal: Transformaciones y efectos de un discurso hegemónico”, Kairos, *Revista de Temas Sociales*. Proyecto Culturas Juveniles Urbanas. Publicación de la Universidad Nacional de San Luis. Año 12. Nº 21. Junio de 2008.

FANLO,I (COM.), *Derecho de los niños, una contribución teórica*, Ed. Fontamara, Mexico, 2004.

FARA, L., Análisis de la normativa nacional orientadas a las personas con discapacidad, en Políticas sobre la discapacidad en Argentina, Acuña, C. y Bulit Goñi, G. (compiladores), Ed. Siglo XXI, Buenos Aires.

FEINBERG,J., *Legal Paternalism*, Canadian Journal of Philosophy, núm. 1, 1971.

FEINBERG, J., *Harm to self*, Ed. Oxford University press, N, Y, 1986.

FERNANDEZ DE BUJAN, A., *Derecho romano privado*, Ed.Iuste., Madrid, 2012.

FERRAJOLI. L., *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid, 1999.

FERREIRA, M.A., “Modernidad, individuo, y diversidad funcional, una fundamentación ética” , en “intersticios”, *Revista sociológica de pensamiento crítico*, vol.2, Madrid, 2008.

FRANCIS, L. P. Y SILVERS, A., “Liberalism and Individually Scripted Ideas of the Good: Meeting the Challenge of Dependent Agency”, *Social Theory and Practice*, vol. 33, nº 2, 2007.

GALATI, E., “Un cambio paradigmático en la salud. Consideraciones sociales de la ciencia jurídica a partir de la ley argentina del derecho del paciente”, en *Revista de humanidades medicas*, Volumen 2 N° 3, Buenos Aires, 2011.

GAMONAL, S., *Lineamientos de derecho del trabajo*, Ed. LexisNexis. Santiago, año 2006.

GANZENMÜLLER, C., *La Convención y los procesos de limitación de la capacidad de obrar*, en *Derechos Humanos y Discapacidad*. Informe España 2008, CERMI, Ediciones CINCA/CERMI, Madrid, 2009.

GARCÍA, D., *El cambio de relaciones Estado- sociedad en el proceso de modernización en Argentina*, Instituto de investigaciones de la Facultad de Ciencias Sociales, UBA, Mimeo, 1994.

GARCÍA, E., “El pensamiento político de Isaiah Berlin”,. Ed, estudios políticos, Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, 2001.

GARCÍA, A.M., *Tratados internacionales según la reforma del 2005*. En: *Revista de Derecho Público*, Santiago, 2006.

GARCÍA, LLERENA, V., *Mayor interés en la esfera personal del incapaz*, Ed. Paideia, A Coruña, 2002.

GARZÓN VALDÉS, E., “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *Revista Doxa*, N°.5, Ed. Universidad de Alicante. Área de Filosofía del Derecho, 1988.

GETE-ALONSO, M.C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Ed.Civitas, Madrid, 1985.

GIDDENS, A., *Un mundo desbocado: los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Ed. Taurus, Madrid, 2000.

GISBERT CALABUIG, J.A., *Medicina legal y practica forense, tomo correspondiente a psiquiatría forense*, Ed. Saber, Valencia, 1958.

GONZÁLEZ, A., “Capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, Comisión nacional de Derechos humanos, México, D.F. 2010.

GONZÁLEZ GRANADA. P., *Régimen jurídico de protección de la discapacidad por enfermedad mental*, Ed. Reus S.A. Madrid, 2009.

GONZÁLEZ, P, Y LIZARRAGA, E., *Autonomía del paciente, información e historia clínica*, Ed. Thompson-civitas, Madrid, 2004.

GONZÁLEZ, O., “Revista estudio judicial n° 3”, Ed. Poder judicial, 2004, Costa Rica.

GRACIA D. Fundamentación y enseñanza de la Bioética. *Ética y Vida. Estudios de Bioética I*.Colombia, Ed. El Buho; 1998.

GRACIA, D., *Bioética clínica. Ética y Vida. Estudios de Bioética 2.* Ed. Ed, Buho; Colombia, 1998.

GROS ESPIELL, H., “Los Tratados sobre Derechos Humanos y el Derecho Interno”, en *Temas de Derecho Internacional en Homenaje a Frida M. Pfirter de Armas Barea*, R. Vinuesa (edit.), Fundación del Centro de Estudios internacionales de Buenos Aires 1989.

GULLÒN BALLESTEROS, “Capacidad jurídica y capacidad de obrar”, *Revista estudios de derecho judicial*, Picón, J, y González, P., (directores) N° 22, Madrid, 1999.

GUZEMMULLER Y ESCUDERO, J.F., *Discapacidad y Derecho.* Ed. Bosch, Barcelona, 2005.

NASH, C., *La incorporación de instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito nacional: experiencia chilena.* Ponencia presentada en el “Curso Regional para Jueces, Fiscales y Abogados de Argentina, Chile y Uruguay”, organizado por UNICEF en Montevideo 2003.

NAVAS P, VERDUGO, M.A, GÓMEZ, L.E., “Diagnostico y clasificación en discapacidad intelectual”. En la *Intervención psicosocial* v.17.n.2, Madrid, 2008.

NOGUEIRA, H., “Los derechos humanos en el derecho convencional internacional a la luz del artículo 5° de la Constitución chilena”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Seminarios* N° 27, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 1993.

HUALDE, J.J, *Manual de derecho civil,* introducción y derechos de la persona .tomo I (3° edición) , Madrid-Barcelona, 2001.

HENDERSON STEWART, F., *Honor,* University of Chicago Press, Chicago, 1994.

HERNÁNDEZ, J., “Esclavitud y dignidad en Aristóteles”, Universidad de Sevilla, *Themata, revista de filosofía*, numero 12, año 1994.

JORS, W Y KUNKEL P., *Derecho privado romano*, Ed. Labor, Barcelona, 1937.

KANT, I *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*, trad, M.Garcia, Ed. Encuentro “opúsculo philishopia”, nº 18, Madrid, 2003

KEMELMAJER, A., *El derecho del menor a su propio cuerpo*, en Borda, G. (dir.), *La persona humana*, Ed. La ley, Buenos Aires, 2001.

KHON TOUR , A , *derecho civil*, teoría general del derecho civil Alemán, vol. 1.2, Ed, Desalma, 1946.

KITTAY, FEDER Y CARLSON, L., *Cognitive Disability and its Challenge to Moral Philosophy*, Wiley-Blackwell, Oxford, 2010.

KRAUT, A., *Los derechos del paciente*, Ed. Albeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

KRAUT, A., *Salud mental*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003.

KRAUT,A., *Salud mental: tutela jurídica*, Ed. Rubiznal-Culzoni, Buenos Aires, 2006.

KRAUT, A., *Los derechos de los pacientes*, Ed. Albelo Perrot, Buenos Aires, 1997.

KUHN, T.S., *¿Que son las revoluciones científicas?* , traducción de J.Romo, en el camino de la estructura, Ensayos filosóficos 1970-1993, Ed. Paidos, Barcelona, 2002.

LANSDOWN, G., *La evolución de las facultades del niño*, centro de investigación Innocenti, Save the Children, UNICEF, 2005.

LASH, SCOTT, *La reflexividad y sus dobles: estructura, estética, comunidad*, en Beck, Ulrich, Gidenss, Anthony Lash Scott, *Modernización reflexiva*, Ed. Alianza., Madrid, 1997.

LAWSON, A., *The united Nations Convention on the Rights of persons with Disabilities: New era or false Dawn?*, 34, *Syracuse J, Intl, L & Com*, 563, 573 (2007).

LINDEMANN, H., *Holding one another (well, wrongly, clumsily) in time of dementia*, Kittay, E.F. y Carlson, L., *Cognitive Disability and its Challenge to Moral Philosophy*, Wiley-Blackwell, Oxford, 2010.

LLOVERAS, N. Y SALOMON, M., *El derecho de familia desde la constitución nacional*, Ed. universidad, Buenos Aires, 2009.

LYON, A., *Personas naturales*, Ed. universidad católica de chile. Santiago de chile, 1985.

LUCKASSON, R., BORTHWICK-DUFFY, S., BUNTIX, W., COULTER, D. L., CRAIG, E. M., REEVE, A., SCHALOCK, R. L., SNELL, M., SPITALNIK, D. SPREAT, S. Y TASSÉ, M., *Retraso mental. Definición, clasificación y sistemas de apoyo*. Ed. Alianza, Madrid, 2004.

MAC INTYRE, A., *Animales racionales y dependientes*, traducción de B. Martínez de Murguía, Revisión técnica de F. Escalante Gonzalbo. Ed. paidós, Barcelona, 2001

MARAÑA, J.J. Y LOBATO, M., *El movimiento de vida independiente en España*, en *El movimiento de vida independiente*, Vidal García Alonso, J. -Coordinador-, Fundación Luis Vives, Madrid, 2003.

MARINKOVIC, J., *Una mirada desde la práctica de la declaración de interdicción*, Boletín del n° 7, departamento de estudio de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región metropolitana, Santiago de Chile, abril de 2012,

MAINETTI, J., *La transformación de la medicina*, Ed. Quirón, La Plata, 1992.

MEDINA, C., "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en C. Medina y J. Mera, Sistema jurídico y Derechos Humanos, Cuadernos de Análisis Jurídicos, Serie Publicaciones Especiales No. 6, Universidad Diego Portales, Santiago, 1996

MEGRET, F., *The disabilities Convention: Human Rights of persons with Disabilities or disability Rights?*, Humans Rights Quartely , N° 30.

MERCADER, J.R., *Concepto y concepciones de la dependencia*, En *protección social de las personas dependientes*, González, S y Quintero, M.G (coord.) Ed. La ley, Madrid, 2004.

MEZGER, E., *Derecho penal; libro de estudio tomo I; parte general*, Ed. Librería el foro. Buenos Aires, 2010.

MILLS, J.S., *Sobre la libertad*, Ed. Alianza, Madrid, 2004

MINKOWICZ, T "La capacidad legal inherente y la toma de decisiones con apoyo", ponencia presentada en la conferencia regional "Implementación de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en Latinoamérica: asociaciones, estrategias y acción", ciudad de México, México, 15 y 16 de abril de 2008

MINKOWITZ, T., «The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Right to be Free from Nonconsensual Psychiatric Interventions», *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol., 34, 2006-2007.

MINKOWITZ, T., *No discriminación, capacidad jurídica, y derecho a no ser sometido a tratamiento obligatorio*, en *capacidad jurídica, discapacidad, y derechos humanos*, en capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2012.

MIRANDA, O. Y RUEDA, L., “Principales dilemas bioéticos en las personas con discapacidad prolongada”., *Acta bioética*, año VIII, N°1, Santiago de Chile, 2002.

MOLINA, H., *Derecho constitucional, universidad de concepción*. Ministerio de educación, concepción-Chile, 1998.

MONCAYO, G, VINUESA, R, Y GUTIÉRREZ, H., *Derecho Internacional Público*, t. I, Ed. Zavallia, Buenos Aires, 2ª reimp. (1987).

MUÑOZ CONDE, F., *Penas y medidas de seguridad: monismo versus dualismo*, en el mismo, *Derecho Penal y control social*, Jerez, 1985.

MOSSET, J., *Contratos*, ed. Ediar, Buenos Aires, 1978.

MURPHY, J., “Incompetence and Paternalism”, *Archiv fur Rechts-und Sozialphilosophy*, núm. 60, 1974.

MURPHY, J., *Incompetence and Paternalism*, *Archiv fur Rechts-und Sozialphilosophy*, núm. 60, 1974.

NASCH, C., *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica: Tendencias jurisprudenciales*. Ed. Fontamara, México, 2010.

NINO, C., *Ética y derechos humanos*, Ed. Ariel, Barcelona, 1989.

NINO, C., *Autonomía y necesidades básicas*, *Anuario de filosofía del Derecho*, doxa, núm, 7, 1990.

NOGUEIRA, H., "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, Universidad Católica de Chile, Vol. 23 Nos. 2 y 3, Tomo I (Mayo-Agosto de 1996), 1996.

NOVOA, E., *Cursos de derecho penal chileno*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1960.

NOWAK, M., *Un Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, 2nd revised edition, N. P. Engel Publisher, 2005.

NOWAK M., *Introduction to the International Human Rights Regime*. Martinus Nijhoff, Oxford, 2003.

NUSSBAUM, M., *Las fronteras de la justicia, consideraciones sobre la exclusión*, trad. De Ramón Villa y Albino Santos, Ed. Paidós, Barcelona, 2007.

ORTEGA, O., *Derecho romano privado*, Ed. Del genal, Málaga ,2004.

ORTOLEVA, S., Inaccessible Justice: Human Rights, persons whit disabilities and the legal system, *ILSA journal of international & comparative Law*, Vol. 17:2.

PAGANO, L., *Salud mental en el Derecho de familia*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

PALACIOS, A., *Discapacidad y acceso a la justicia, en práctica clínica y litigación estratégica en discapacidad y derechos humanos*, Bariffi, F., (coord.) Ed, Dykinson, Madrid, 2013.

PALACIOS, A., *Igual reconocimiento como persona ante la ley y acceso a la justicia de mujeres con discapacidad, en la transversalidad del genero en las políticas de discapacidad*, volumen I, Colección Cermi, CINCA , Madrid, 2012.

PALACIOS, A Y ROMAÑACH, J., *El modelo de la diversidad. La biótica y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Ed. Diversitás, Madrid, 2006 .

PALACIOS, A., *La ley 39/2006 a la luz del modelo social y de la convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad*, en, Barranco, M.C., *Situaciones de dependencia, discapacidad y derechos*, Ed. Dikynson, Madrid, 2010.

PALACIOS, A., *Capacidad jurídica derechos humanos y derecho internacional, en capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, Palacios A, y Bariffi, F. Ed. Ediar, Buenos Aires, 2012.

PALACIOS, A., *¿Modelo rehabilitador o modelo social? La persona con discapacidad en el derecho español*, en *Igualdad, no discriminación, y discapacidad*, Jiménez, E., Ed. Dykinson, Buenos Aires, 2006

PALACIOS, A, *El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables*, en Campoy Cervera, Ignacio (coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, colección, “Debates del Instituto Bartolomé de las Casas”, núm. 2, Dykinson, Madrid, 2004.

PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Ed. Cermi, Madrid, 2008.

PALACIOS A, *El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonable. Una mirada desde la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. En Caicedo Tapia D, y Porras

Velasco, A (editores), *Igualdad y no discriminación: reto de la diversidad*. Ministerio de Justicia de Derechos Humanos y Cultos, Quito, Ecuador, 2010.

PALACIOS, A., *Género, acceso a la justicia, y discapacidad*, en *Discapacidad, justicia, y Estado.*, Jorge, M., y D' Ugo (coordinadores), Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2012.

PECES-BARBA, G, COLABORACIÓN DE ASÍS, R, FERNÁNDEZ IIESA, C, LLAMAS, A., *Curso de derechos fundamentales*, Ed. Colección cursos. Teoría general, Madrid 1999.

PECES-BARBA, G., *Dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, Ed. Dykynson, Instituto Bartolomé de las casas, 2º edición, Madrid, 2003.

PELE, A., “Una aproximación al concepto de dignidad humana”, Universidad Carlos III de Madrid, En *Revista de derecho y libertad*, 2009.

PELE, A., *La dignidad humana: sus orígenes en el pensamiento clásico*, Ed. Dykinsón, Madrid 2010.

PÉREZ LUÑO, A, E., *Dimensiones de la igualdad*. Ed. Dikynson, Madrid, 2005, p. 37.

PÉREZ DE ONTIVEROS, C. *La capacidad jurídica y la capacidad de obrar: el artículo 12 de la Convención, sus implicaciones en el Derecho Privado español, Capacidad Jurídica y Discapacidad*. Un Estudio de Derecho Privado Comparado a la luz de la Convención Internacional, Cuaderno de trabajo núm. 7, España: Derecho Común, Congreso Permanente sobre Discapacidad y Derechos Humanos, Madrid, 2009.

PÉREZ DE ONTIVEROS, C., “La Capacidad Jurídica y la Capacidad de Obrar. El artículo 12 de la Convención y sus implicaciones en el derecho privado español”, *Derecho privado y Constitución*, núm. 23, 2009.

PERIASTANY, J.G., *El concepto del honor en la sociedad mediterránea*, trad. J.M. García de la Mora, Ed. Labor, Barcelona, 1968.

PERLIN, M.L., International Human Rights Law and Comparative mental Disability Law: The universal factors, *syracuse journal of international law and commerce*, vol.34, 2006-2007.

PFEFFER, E., *Reformas constitucionales 2005*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

PFEFFER, E., *Código procesal penal anotado y concordado*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

PITKIN, H. F., “El concepto de representaciones”, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1985.

PUIG FERRIOL, LL. Y OTROS, *Manual de derecho civil*, Tomo I, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

QUINN, G. Y DEGENER, T., “Derechos Humanos y Discapacidad”. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad, Documento Naciones Unidas HR/PUB/02/1, Nueva York y Ginebra, 2002.

QUINN, G Y DENEGER, *Derechos humanos y discapacidad*, Publicaciones de las Naciones Unidas, Naciones unidas Nueva York y Ginebra, 2002.

QUINN, G., “The UN Human Rights of Person with Disabilities Treaty. A blueprint for Disability Law & Policy Research and Reform”. Conferencia pronunciada en Dublín, National Disability Authority, Annual Research Conference, el 16 noviembre 2006.

QUINN, G., “La personalidad y la capacidad jurídica. Perspectiva sobre el cambio de paradigma del Art. 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”. Conferencia HPOD. Escuela de Derecho de Harvard, 20 de febrero, 2010. Artículo colgado en la página Web. De la red iberoamericana de expertos en la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Se puede acceder en, www.redcdpd.org.

QUINN, G., The human rights of person whit disabilities treaty. A blueprint for disability Authority, Annual Research amd reform, Conferencia pronunciada en Dibli. Natioal Disability Athority, Annual research Conference, 16/11/06.

RAJMIL, A, Y LLORENS, L. R. “Derecho de Autoprotección”. *Revista del Consejo Federal del Notariado Argentino*, Buenos Aires, 2010.

RAMIRO, M.A. “A vueltas con el paternalismo jurídico”, en *derechos y libertades* n° 15, Madrid, 2006.

REY CARO, E “Los tratados internacionales sobre derechos humanos en la Constitución Argentina”, en Héctor Gros Espiell *Amicorum Liber*, V. II, Bruylant, Bruselas, 1997.

REY CARO, E., “Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Argentino. Consideraciones sobre la Reforma Constitucional”, en *Los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional*, M. Lerner, Córdoba (1995).

RIVERA, J.C., *Instituciones del Derecho civil-* parte general, Ed. Abeledo-Perrot, T.I, N° 505. Buenos Aires. 1992.

RIVERA, J., *Civil I*, 2° Ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

RIBERA NEUMANN, T, Y FUENTES, M., *La génesis del nuevo artículo 54 N° 1 de la Constitución ante el Congreso Nacional*, presentado a las XXXV Jornadas de Derecho

Público realizadas en el mes de Noviembre de 2005 en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Valparaíso, Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso

RODRÍGUEZ PALOP, M.E., *La nueva generación de derechos humanos, VI Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política*, Ed. Suárez, Mar Del Plata, Argentina, 2006.

ROMAÑACH, J., *Derechos humanos y bioética: capacidad jurídica, consentimiento y consentimiento informado*, en *capacidad jurídica, discapacidad, y derechos humanos*, en *capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, Palacios A, y Bariffi, F., (coord.) Ed. Ediar, Buenos Aires, 2012.

ROSALES, P., Opinión legal del Artículo 12. Texto colgado en la página web de la Red iberoamericana de Expertos de la CDPD. Acceso a la pagina, www.redcdpd.org.

ROXIN, C., Derecho Procesal Penal (traducción de la 25ª edición alemana de G. E. Córdoba y D. Pastor, revisada por B.J. Maier), Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2000.

ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Civitas, 1997, traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal.

RUIZ MIGUEL, A., “La igualdad en la jurisprudencia del tribunal constitucional”, *Revista doxa*, N°19, 1996.

RUZ, G., *La capacidad*, en *Explicaciones del derecho civil tomo I*. Ed. Abeledo Perrot. Legalpublishing, Santiago, 2011.

RUZ, G., *La capacidad*, en *explicaciones del derecho civil tomo I*, Ed. Abeledo Perrot. Legalpublishing . Chile. Santiago de Chile, 2011.

SÁNCHEZ, M. *Consentimiento informado*, en: *Historia y teoría del Método de la Medicina. Introducción al Pensamiento Médico*, Ed. Masson, Barcelona, 1998.

SÁNCHEZ R., *El Estado constitucional y su sistema de fuentes*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

SANTOS MORÓN, M.J., *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamiento médicos; honor, intimidad e imagen*, Ed, escuela libre, Madrid, 2000.

SARTORI, G., *democrazia e definizioni, Il mulino*, 4º ed. Bologna, 1976.

SCHEERENERGER, R.C., *Historia del retraso mental*, traducción de Isabel Villena Pérez. Real patronato de educación y atención a Deficientes. Ed. Servicio internacional de información sobre subnormales, 1984

SCOTT, W., *Guide to Sources in International and Comparative Disability Law*, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol., 34, 2006-2007.

SILVERS, A Y FRANCIS, L.P., *Thinking about the good: reconfiguring liberal metaphysics (or not) for people with cognitive disabilities*, en Kittay, Eva Feder y Carlson, Licia (Ed.), *Cognitive Disability and its Challenge to Moral Philosophy*, Wiley-Blackwell, Oxford, 2010.

SILVERS, A Y FRANCIS, L., *Justice through Trust: Disability and the “Outlier” problem in Social Contract Theory*, *ética* Vol nº 116, Nº 1, 2005.

SIMÓN, P., *Capacidad o Competencia*. En, *El Consentimiento Informado*. Ed. Triacastela, España, 2000.

SLAVIN P.E. Y BARRIFI. F., *Retos actuales de los Derechos humanos*, Ed. Suarez, Madrid, 2009.

SEN A., *Bienestar, justicia, y mercado*. Ed. Paidós., Barcelona, 1997.

SIERRA, R., “Integración social y equidad en la perspectiva del desarrollo humano sostenible”. Colección Cuadernos de Desarrollo Humano Sostenible (PNUD) Tegucigalpa, Honduras, 2001

SILVA, A., "Reforma al Artículo 5o. de la Constitución de 1980", en *Revista Chilena de Derecho*, Universidad Católica de Chile, Vol. 17, No. 1, 1990.

SOTO RUIZ, J.J. *El estatus jurídico de las personas con discapacidad en las leyes de cabecera del ordenamiento jurídico privado*, En De Lorenzo ,R y Pèrez Bueno L.C. (dirs.), *Tratado sobre Discapacidad*, Thomson, Aranzadi, Pamplona, 2007.

STEIN, E., *Derecho político*, trad. Castll.de Sainz. F., con nota preliminar de Rubio Llorente, F., Ed. Aguilar, Madrid, 1973.

STEINER, H., ALSTON, P., GOODMAN, R. *International human rights in context: law, politics, morals: text and materials*, Oxford University Press 2008.

TAMAYO Y SALMORÁN R., “Sujeto de derecho”, *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Distribuciones fontamara, Itam, México, 1995.

TÉLLEZ, C., *Revista de Derecho, Vol. IX*, Valdivia-Chile, 1998

TRONCOSO, C., “Control de constitucionalidad de los tratados. Análisis y comentarios del fallo del Tribunal Constitucional de 25 de agosto de 2009”. En: Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, año 2008.

URIBE, E., *Curso de teoría del acto jurídico*, Universidad católica de Valparaíso, Derecho civil I, Valparaíso, 2009.

VERDUGO, M. A., “Análisis de la definición de discapacidad intelectual de la AAMR de 2002”. *Revista Siglo Cero*, 34 (1), 2003.

VERDUGO, M. A., ARIAS, B. E IBÁÑEZ, A. SIS. “Escala de Intensidad de Apoyos. Manual. Adaptación inicial al contexto español y análisis de sus propiedades psicométricas”. *Revista Siglo Cero*, Madrid, TEA.2007 ,38(2).

VIDAL GARCÍA, J. (coordinación). *Movimiento de vida independiente, experiencias internacionales*. Fundación Luis Vives, Madrid, 2003

WILKLER, D., *Paternalism and the Mildly Retarded*, en R, Sartorius (Ed.) *Paternalism*, Minneapolis: University of Minnesota press, 1983.

YOUNG, I.M., *La justicia y la política de la diferencia*. Ed. Colección feminismo, Universidad de Valencia, 2000

ZAFFARONI, E., *Manual de derecho penal*, parte general, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2005.

ZAFFARONI, E, ALAGIA, A, SLOKAR, A., *Derecho penal*, P.G., 2ª Ed., Ediar, Buenos Aires, 2002.

ZITO, O., *Directivas anticipadas en el régimen jurídico argentino, en capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, Palacios, A., y Bariffi, F (coor). Ed. Ediar, Buenos Aires, 2012, p. 342.

JURISPRUDENCIA

FALLO M. DE MAR DEL PLATA Y FALLO SUPREMA CORTE DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES (Estado Vegetativo, Ac. 85.627, “S. M. de C Insania 09/02/2005”) El fallo de fecha 25 de julio de 2005 en el caso públicamente conocido como “Caso M - Directivas anticipadas” del Juzgado en lo Criminal y Correccional número 1 de Transición de Mar del Plata.

FALLO DE LA CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA C, del 20/03/1992, “banco Irving Austral SA c/ B.J. de. D”, JA, 1993, síntesis LL 1002-E242 y DJ 1993, 1.488.(Argentina)

CÁMARA CIVIL SAN MARTIN (Provincia de Buenos Aires) causa, N° 28.342, sentencia del 7/8/1990 (base de datos JUBA) Examen de los informes presentados por los estados partes en virtud del art.35 de la convención. Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad octavo periodo de sesiones, ginebra, 17 a 28 de septiembre de 2012

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.(Argentina) En el caso “Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros”, del 07/07/92, considerando 17° del voto de la mayoría (en La Ley, Tomo 1992-C, p. 54).

ROXANA AMENDOLARO, del Equipo de Salud Mental del CELS, y Mariano Laufer Cabrera, del Área de Litigio y Defensa Legal del CELS. Colaboraron el Equipo de Salud Mental del CELS, Paula Litvachky, del Programa Justicia Democrática del CELS, Diego Morales, del Área Litigio y Defensa Legal del CELS, y Alison Hillman, de Mental Disability Rights International (MDRI) .

CORTE SUPREMA,(Chile) Caso Lauritzen con Fisco, citado en Nogueira, “Los derechos humanos en el derecho constitucional y su relación con el derecho convencional

internacional a la luz del artículo 5° de la Constitución Chilena”, en Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Seminarios N°27, Escuela de Derecho – Universidad Diego Portales, 1993.

1° JUZGADO DE LETRAS TRABAJO DE RANCAGUA, rol 92.771-2007). Caso de un profesor transexual en la Universidad de Rancagua (Chile).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia de 25 de agosto de 2009, Rol 1288-2009.

RECURSOS ELECTRONICOS

ASPAYM-MADRID (Asociación de parapléjicos y personas con gran discapacidad física de la comunidad de madrid) se suma a la implantación de este movimiento y su filosofía, gestionando esta primera iniciativa, convirtiéndose en la primera asociación de personas con diversidad funcional española que promueve la Vida Independiente.
<http://www.aspaymmadrid.org/>

BACH, M. *El derecho a la capacidad jurídica bajo la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Conceptos fundamentales y guía para reformar las leyes.* Estudios de la universidad de manitoba. Octubre de 2009. p 6. Artículo colgado en la pagina web. De la red de expertos de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. www.redcdpd.org/es.consultada

BACH, M. Y KERZNER, L., *A New Paradigm for Protecting Autonomy and the Right to Legal Capacity*, disponible en <http://www.lco-cdo.org/disabilities/bach-kerzner.pdf>.
Consultada el 20/07/2010

BACH, M. Y KEZNER, L., *A new paradigm for Protecting autonomy and the Right to legal capacity.* Paper preparado para la comisión de Ontario, octubre de 2010, disponible en <http://www.lco-cdo.org/disabilities/bach-Kerzner.pdf>). Consultada el 16/07/2011.

BASCUÑÁN, A. , “Derechos Fundamentales y Derecho Penal”, conferencia publicada por SELA en <http://islandia.law.yale.edu/sela/sbascunan.pdf>, Pagina consultada, 20/05/2013.

LA CÁRCEL Y ENFERMEDADES MENTALES, Lex web. Chile, julio de 2012.
noticas@lexweb.cl. Pagina consultada 20/03/2013.

CARRETERO, ENRIQUE., *Reacciones a la modernidad. Una lectura de las respuestas de lo social al ejercicio del poder.* En. <http://www.ucm.es/info/eurotheo/nomadas>. Consultada 14/02/2010.

DEGENER T. Y QUINN, G. “A survey of international, comparative and regional Disability Law Reform”, en From Principles to Practice, an International Disability law and Policy Symposium, 22 al 25 de octubre de 2000, organizado por DREDF. Accesible en la siguiente dirección: <http://www.dredf.org/symposium/degener1.html>. Consultada, el 10/08/2011.

EUROPEAN DISABILITY. Forum 10 years. Propuesta de posicionamiento del foro europeo de la discapacidad (EDF) elementos clave de un sistema de apoyo en la toma de decisiones. Artículo colgado en página. Web. www.astus.org. Consultada el 14/05/ 2011.

GARCÍA, EGEA, C Y SARABIA SÁNCHEZ, A., *Visión y modelos conceptuales de la discapacidad.* en, <http://usuarios.discapnet.es/disweb2000/art/VisionDis.pdf>. Consultada, 5/05/2010.

INFORME OLIVENZA. Elaborado por el observatorio estatal de discapacidad, es un informe bienal de la situación de discapacidad en España. Edit.OED, Olivenza, 2011. www.observatorio.es. Consultada el 10/02/2013.

INFORME AL ALTO COMISIONADO DE CAPACIDAD JURÍDICA, artículo publicado por la Red de expertos iberoamericanos sobre la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. En la página web. www.redcdpd.org. Consultada, el 20/07/2011.

INFORME PRESENTADO POR EL GRUPO DE TRABAJO NACIONAL DE ARGENTINA. Primer informe sobre la situación legal existente en materia de capacidad

jurídica de las personas con discapacidad en los estados miembros de la Red de expertos iberoamericana. Madrid, noviembre de 2011. Consultarse en www.redcdpd.org.

INFORME ELABORADO DENTRO DEL PROGRAMA *El Tiempo de los derechos*, núm.23, Consolider-Ingenio 2010, por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” en el marco del Proyecto “Estudio, implementación y seguimiento sobre Capacidad Jurídica de la CDPD en los ordenamientos jurídicos locales” coordinado por la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/14183/informe_TD_23.pdf?sequence=1, Consultada el , 20/06/2012.

INFORME DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, en ocasión de la sexta reunión del comité especial de la CDPD, sobre el asunto de la “capacidad jurídica”. El informe oficial en idioma original puede ser consultado: www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6ohchrlegalcap.doc.

LÓPEZ GONZÁLEZ, M., *Modelos teóricos e investigación en el ámbito de la discapacidad*. Universidad de Córdoba. <http://www.uclm.es/varios/revistas/docenciaeinvestigacion/pd>. Consultada el 18/04/2010.

MANIFIESTO DEL COLECTIVO DE SALUD MENTAL, *Activament Catalunya Associacion*, contra el AnteproyectodeReformadelCódigoPenal,02/07/2013.file:///H:/Manifiesto%20del%20Colectivo%20de%20Salud%20Mental%20contra%20el%20Anteproyecto%20de%20Reforma%20del%20C%C3%B3digo%20Penal%20%20%20ActivaMent%20Catalunya%20Associaci%C3%B3n.htm

PAPER PREPARADO PARA LA COMISIÓN DE DERECHO DE ONTARIO, octubre de 2010, p.63 y ss. disponible en <http://www.lco-cdo.org/disabilities/bachkerzner.pdf>.

PALACIOS, A., “La capacidad jurídica. Una nueva mirada desde el modelo social de discapacidad y los derechos humanos, artículo publicado por la Red de Expertos iberoamericanos sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en: www.redcdpd.org/es/projects/view/3 Consultada, el 20/06/2011.

PELEGRINO, E., “La relación entre la autonomía y la integridad ética médica”, en biblioteca medica bibliomed, Boletín OPS, en www.bibliomed.com/biblioteca/pahol/bietica/cap02.pdf

QUINN, G., *An ideas paper on Legal Capacity*, Disability, European Foundation Center, Bruselas, 2009, disponible en <http://www.efc.be/Networking/InterestGroupsAndFora/.../EFCGQfinal.doc>. Consultada. 9/10/2011.

SANJOSÉ GIL, A., “El primer tratado de Derechos Humanos del siglo XXI: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2007) [http://www.reei.org/reei%2013/SanjoseGil\(reei13\).pdf](http://www.reei.org/reei%2013/SanjoseGil(reei13).pdf). Consultada, el 20/07/2011.

VARGAS, L.P., *Los actores sociales y relaciones de poder: la globalización como proceso y fenómeno sociopolítico*, Ciencias Económicas 26-No. 1: 2008, Costa Rica, 196. <http://www.latindex.ucr.ac.cr/econ-2008-1/08-VARGAS.pdf>. Consultada 6/04/2012.

VILLANUEVA, C., *Los derechos de las personas con discapacidad psicosocial o intelectual declaradas inimputables en un proceso penal. Una mirada a la luz de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Revista pensamiento penal, Argentina, núm.4. Buenos Aires, 2013.p.122. www.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/05/ddhh02.pdf.

TAIANA DE BRANDI, NELLY A. Y LLORENS, L. R. “Derecho de Autoprotección. Las Directivas anticipadas” Buenos Aires, 2000. la Ley 26.066, de Trasplante de Órganos y Tejido-<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1010903&idParte=&idVersion=2010-02-10> .Consultada, 21/09/2012.

ENLACES INTERNET

www.derecho.laguia2000.com. Consulta realizada a propósito de la muerte civil, 25/07/2011.

<http://www.elcantarodesicar.com/psaludcantaro/discapacidadenlaactual07.htm>. Consultada, el 4/08/2011.

www.tribunalcostitucional.es. Consultada, el 10/07/2012.

http://www.forovidaindependiente.org/Manifiesto_VI_marcha, manifiesto del foro de vida independiente. Consultada, 20/08/2012.

<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/representacion/representacion.htm>. Consultada, 25/06/2010. Enciclopedia jurídica, Consultada, el 25/06/2010.

<http://www.un.org/esa/socdev/enable/>. Consultada, el 21/05/2012.

www.biografiasyvidas.com/biografias/b/bello.htm. Consultada el 12/05/2013.

Webster's New Millennium Dictionary of English, Preview Edition, *Lexico Publishing Group*, 2003-2005, available at www.dictionary.com. Consulted el 20/11/2012.

